Jörg Schlüter

Das Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden bei Erlass eines Verwaltungsaktes

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0018

DAS ZUSAMMENWIRKEN VON VERWALTUNGSBEHÖRDEN BEI ERLASS EINES VERWALTUNGSAKTES

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors

der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Jörg Schlüter

aus Arnsberg

1. Berichterstatter: Prof.Dr. Wolff
2. Berichterstatter: Prof.Dr. Uber
   Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 7.Mai 1966.

Meiner lieben Mutter

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
- LEIDEN -

Gliederung

Abschnitt 1		Formelle Rechtsfragen	1-41
Kapitel I		Einführung	1
Kapitel II		Die verschiedenen Mitwirkungsakte	2
§ 1		Einteilung der Mitwirkungsakte nach ihrer Intensität	2
	a)	Die informierenden Mitwirkungsakte	3
	b)	Die begutachtenden Mitwirkungsakte	3
	c)	Mitentscheidende Mitwirkungsakte (Mitentscheidungsakte)	4
	d)	Gemeinsame Mitwirkungsakte	8
§ 2		Einteilung der Mitwirkungsakte nach ihrer Bindungswirkung	9
	a)	Die grundsätzliche Möglichkeit einer Bindungswirkung	9
	b)	Unterschiedliche Ausgestaltung der Bindung	13
	1.	absolute Bindung	13
	2.	relative Bindung	15
	3.	wechselseitige Bindung	17
§ 3		Zusammenfassende Einteilung der Mitwirkungsakte nach Intensität und Bindungswirkung	17
	a)	Bindungslose Mitwirkungsakte	17
	b)	Bindende Mitwirkungsakte	18
	1.	Absolute und relativ bindende Mitwirkungsakte	18
	2.	Wechselseitige Bindung	18
	c)	Zusammenfassung	19
Kapitel III		Terminologische Fragen	19
§ 4		Der verwaltungsverbundene Verwaltungsakt	19
Kapitel IV		Das Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes	24
§ 5		Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten	26
§ 6		Bei den mitentscheidenden Mitwirkungsakten	27

a) Mitentscheidungsakte im Rahmen des Art. 84 Abs.5 GG 27

b) Mitentscheidungsakte im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung 27

c) Mitentscheidungsakte im Rahmen stillschweigender Verwaltungszuständigkeiten des Bundes 3o

1. Ableitung einer stillschweigenden Verwaltungszuständigkeit des Bundes 31

2. Zulässigkeitsfrage 37

d) Kurze Zusammenfassung 39

§ 7 Bei den begutachtenden Mitwirkungsakten 4o

§ 8 Bei den informierenden Mitwirkungsakten 41

Abschnitt 2 Der Rechtscharakter der Mitwirkungsakte 41-1o7

Kapitel V Die Bedeutung des Art.19 Abs.4 GG 41

§ 9 Definition des Verwaltungsaktes 43

§ 1o Mitwirkungsakte in Verwaltungsverordnungen 46

Kapitel VI Der Rechtscharakter der Mitwirkungsakte im einzelnen 47

§ 11 Bei den Gemeinsamen Mitwirkungsakten 47

§ 12 Rechtscharakter der mitentscheidenden Mitwirkungsakte 48

a) Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur 48

1. Gegenargumente gegen die Verwaltungsakteigenschaft 5o

2. Argumente gegen den verwaltungsinternen Charakter 69

3. Argumente gegen die Mittelmeinung 8o

b) Lösungsvorschläge in Literatur und Rechtsprechung 83

1. Der Ösungsvorschlag Obermayers 84

2. Die Meinung Mengers 86

3. Die Meinung Heinzes 89

	4.	Die Lösung des Bundesverwaltungsgerichts	93
	5.	Die Meinung Frischmann-Weingarts	96
c)		Die Bindungswirkung	98
	1.	Wesen und Folgen der Bindung	98
	2.	Verwaltungsverbundene und auf Weisung ergehende Verwaltungsakte	1oo
	3.	Vorliegen einer Bindungswirkung	1o3
d)		Kurze Zusammenfassung	1o7
§ 13		Der Rechtscharakter der begutachtenden Mitwirkungsakte	1o8
§ 14		Der Rechtscharakter der informierenden Mitwirkungsakte	11o

Abschnitt 3: Rechtliche Folgerungen aus dem Rechtscharakter der Mitwirkungsakte 111

Kapitel VII Rechtliche Konsequenzen bezüglich der Fehlerhaftigkeit bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten 111

§ 15		Fehlerquellen bei den gesetzlich vorgeschriebenen verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten	111
§ 16		Arten der Fehlerhaftigkeit	113
	a)	Schwebende Unwirksamkeit	113
	b)	Mangelhaftigkeit und Nichtigkeit	115
§ 17		Maßstäbe zur Abgrenzung eines mangelhaften und nichtigen Verwaltungsaktes	116
	a)	Die verschiedenen Theorien	116
	b)	Die Unmöglichkeitstheorie von Hans J. Wolff	117
§ 18		Fehlerhaftigkeit bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten im einzelnen	119
	a)	Mangelnde Beteiligung der Mitwirkungsbehörde	119

1. Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten 119

2. Bei den mitentscheidenden Mitwirkungsakten 12o

3. Bei dem begutachtenden Mitwirkungsakt 126

4. Bei den informierenden Mitwirkungsakten 127

5. Aufrechterhaltung mangelhafter verwaltungsverbundener Verwaltungsakte 127

b) Beteiligung einer unzuständigen Behörde 13o

1. Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten 131

2. Bei den bindenden Mitentscheidungsakten 131

3. Bei den nicht-bindenden mitentscheidenden und begutachtenden Mitwirkungsakten 132

c) Fehlerhafte Anwendung des Mitwirkungsaktes 133

Kapitel VIII Prozessrechtliche Konsequenzen 135

§ 19 Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten 136

a) Körperschaftsprinzip 136

1. Bei nur einer Körperschaft 136

2. Bei verschiedenen Körperschaften 136

b) Behördenprinzip 138

§ 2o Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den bindenden Mitentscheidungsakten 138

a) Relativ-bindende Mitentscheidung-sakte 139

b) Absolut-bindende Mitentscheidungsakte 144

§ 21 Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den nicht bindenden mitentscheidenden und begutachtenden Mitentscheidungsakten 145

§ 22 Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den informierenden Mitwirkungsakten 147

Literatur

Achterberg, Norbert	Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen Deutschen Verfassungsrecht in AÖR 86 (1961), 63 ff
Angres, Dieter	Die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs.2 Bundesfernstraßengesetz in DÖV 1958, 75 ff
Anschütz, Gerhard	Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 1.Aufl., Leipzig 1891
Anschütz,Gerhard - Thoma,Richard	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1.Band, Tübingen 1930 (zitiert HdbdStR)
Bachof, Otto	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Laforet, München 1952
Bachof, Otto	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im Öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.287 ff (Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, herausgegeben von Otto Bachof, Martin Draht, Otto Gönnewein und Ernst Walz) München 1955
Bachof, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in JZ 1957, S.431 ff
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung, 27.Aufl., München und Berlin 1963
Bender, Bernd	Der nichtige Verwaltungsakt in DVBl 1953,S.33 ff
Bender, Bernd	Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Aufl., Freiburg 1960
Bettermann, Karl-August	Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungs-

	gerichtsordnung in NJW 1960, S.649 ff
Beyer, Wilhelm	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.1.1961 in NJW 1961 S.1321
Böhm, Anton	Fragen des Anbaus an Bundesfernstraßen in DÖV 1958, 72 ff
Böhm, Otto	Zur Frage der Konstitutiv-Wirkung der Zustimmung nach § 9 Abs.2 des Bundesfernstraßengesetzes in BauVw 1958,S.400 f
Bullinger, Martin	Der überregionale Verwaltungsakt in JuS 1964, S.228 ff
Clasen, Heinrich	Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten in NJW 1959,S.752 ff
Classen, W.	Die Zuständigkeit für ministerielle Ausnahmegenehmigungen, insbes. im Aktienrecht in NJW 1950, S.525 ff
Cüppers, Josef	Das neue Zulassungsverfahren für Rechtsanwälte in der britischen Zone in NJW 1949,S.363 ff
Dahs	Anm. zu dem Urteil des OVG Münster vom 8.9.1953 in NJW 1954, S.526 f
Darmstadt, Helmut	Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern, Diss.iur. Münster 1961
Denecke	Übergang der Befugnisse nach Art.129 Grundgesetz in JR 1951 S.577 ff
Drews, Bill	Preußisches Polizeirecht,Bd.I Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin 1936
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3.Aufl., München und Berlin 1962
Fickert, Hans-Carl	Bauvorhaben-, Baunutzungs- und Baunachbarrecht; Untertitel: Systematische Erläuterung der §§ 29-39 des BBauG sowie der Benutzungsverordnung,Köln 1962
Fickert, Hans-Carl	Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz und seine Handlung im Baugenehmigungs- und Rechtsmittelverfahren in DVBl 1964, S.173 ff

Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., Tübingen 1928; Neudruck Aalen 1960
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Band, 8.Aufl.,München und Berlin 1961
Forsthoff, Ernst	Fragen der Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Wasserrechts, Rechtsgutachten in Heft 2 der Schriftenreihe "Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft", herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industrie-Wasserwirtschaft im Bundesverband der Deutschen Industrie Köln 1956
Friauf, Karl-Heinrich	Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungsakten anderer Behörden; Untertitel: Verwaltungsakt oder bloßes Verwaltungsinternum in DÖV 1961, S.666 ff
Frischmann, Otto - Weingart, Olaf	Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte in DÖV 1962, S.721 ff
Füsslein	Mischverwaltung oder Mitverwaltung? in DVBl 1956, S.1 ff
Füsslein	Der überregionale Verwaltungsakt in DVBl 1951, S.33 ff
Gerner, Erich	Zur Frage der Mischverwaltung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern in BayVBl 1955, S.193 ff
Grabendorff	Die Folgen fehlender oder fehlerhafter Beteiligung der Personalvertretung in ZBR 1960, S.97 ff
Groebe, Klaus	Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs.2 Fernstraßengesetz; Untertitel: Zugleich ein Beitrag zum Thema "Einheit der Staatsverwaltung", in DVBl 1959 S.757 ff
Groschupf, Otto	Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war? in DVBl 1962, S.627 ff
Grossmann, Gerhard	Die Beteiligung mehrerer Verwaltungsbehörden am Zustandekommen eines Verwaltungsaktes, Diss. iur. Heidelberg 1964

Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2.Aufl., Neuwied und Darmstadt 1961
Haueisen	Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes in NJW 1960, S.1881 ff
Haug, Winfried	Behördliche Mitwirkungsakte im Verwaltungsprozeß, Abhandlung unter Bezugnahme auf BVwG vom 28.5.1963 - I C 247/58 - in NJW 1963, 2081 = BVwGE 16,116, veröffentlicht in JuS 1965,S.134 ff
Hegel, Hermann	Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogen. Amtshandlung begehrt werden? in JZ 1963,S.15 ff
Heins, Valentin	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.5.1955 in NJW 1955, S.1530 f
Heinze, Christian	Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten in VwArch 52 (1961), S.159-174 und 275-304
Heinze, Christian	Anm. zu dem Urteil des OVG Münster vom 11.4.1962 in DÖV 1962, S.834 ff
Heitzer, Hermann	Probleme des Zusammenwirkens mehrerer Verwaltungsbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes, Diss.iur Mainz 1961
Huber, Ernst-Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.Band,2.Aufl.,Tübingen 1954
Idel, W.	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.6. 1954 (abgedruckt in NJW 1954, S.1622) in NJW 1954, S.1948 f
Ipsen, Hans-Peter	Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Lebensmittelrecht in DÖV 1956, S.193 ff
Ipsen, Hans-Peter	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.10.1956 in DVBl 1957, S.322 ff
Jansen, G.J.	Die nunmehr sachlich zuständige Stelle im Sinne des Art.129 Grundgesetz in JR 1954,S.406 ff

Jellinek, Walter	Zuständigkeit des früheren Reichsinnenministers zur Erlassung von Verwaltungsakten und das Grundgesetz in DVBl 1955, S.47 ff
Jung, Hans	Das Bauen im Außenbereich in NJW 1962, S.617 ff
Katzenstein, Dietrich	Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949 in DÖV 1958, S.593 ff
Kienapfel, Diethelm	Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungsakte nach dem Bundesbaugesetz und Bundesfernstraßengesetz in DÖV 1963, S.96 ff
Klein, Friedrich	Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes in VeröffVDStRL 8,S.67 ff
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung,Kommentar, Göttingen 196o
Knaup, H. - Ingenstau, H.	Bundesbaugesetz mit Kommentar, Düsseldorf 1961
Knoll, Ernst	Welche Rechtswirkungen hat die Ernennung eines Berufsrichters in der Sozialgerichtsbarkeit ohne die in § 11 SGG vorgeschriebene Beratung im Ausschuß? in DÖV 1958, S.357 ff
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt 196o
Kohlhammer	Kohlhammer-Kommentar zum Bundesbaugesetz, kommentiert von Brüggelmann, Grauvogel, Oedekoven, Förster, Kopp, Pohl und Stahnke, Band 1, Stuttgart 196o
Körner, Gerhard	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.5. 1963 - I C 247/58 - abgedruckt in DVBl 1963, S.815 ff = NJW 1963, S.2o88 ff) in NJW 1964, S.12o f
Köttgen, Arnold	Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz in DÖV 1955, S.485 ff
Kratzer, Jakob	Grundgesetz und Wirtschaftsrecht im Bayrischen Staatsanzeiger vom 19.11.1949 Nr.46

Kratzer, Jakob	Die Bundesoberbehörde in DÖV 1950, S.529 ff
Kratzer, Jakob	Die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder im Bayrischen Staatsanzeiger vom 1.4.1950 Nr.13
Kratzer, Jakob	Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Ländern? in BayVBl 1958,S.74 ff
Kratzer, Jakob	Anm. zu dem Urteil dew Bundesverwaltungsgerichts vom 10.7. 1958 in BayVBl 1959, S.90
Krüger, Hildegard	Die Rechtswirkungen einer Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats in Betrieb 1955, S.70 ff
Küchenhoff, Erich	Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung in DVBl 1951, S.585 ff
Küchenhoff, Erich	Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in AÖR 82 (1957), S.413 ff
Landmann,Robert-Rohmer,Gustav Eyermann,Erich-Fröhler,Ludwig	Gewerbeordnung, Kommentar, 12.Aufl., München u.Berlin 1964
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin,Göttingen und Heidelberg 1960
Lichtenberger, Peter	Der Rechtsweg im devisenrechtlichen Genehmigungsverfahren der Bank deutscher Länder in DNotZ 1956, S.580 ff
Mang,Johann - Maunz,Theodor Mayer,Franz - Obermaier,Klaus	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962
Mang, Johann	Zustimmung zum Anbau an Bundesfernstraßen in BayVBl 1959, S.82 ff
v. Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953
v.Mangoldt,Hermann - Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, neu bearbeitet von Friedrich Klein, 2.Aufl.,Berlin u.Frankfurt 1957
Marschall, Ernst	Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 2.Aufl., Köln, Berlin, Bonn und München 1963
Maunz,Theodor - Dürig,Günter	Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1964

Maunz, Theodor	Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75.Geburtstag von Hans Naviasky: Gesetzgebung und Verwaltung in deutschen Verfassungen, S.255 ff,München 1956
Meyer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3.Aufl., München und Leipzig 1924
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des BayVGH vom 8.11.1956 (abgedruckt in DÖV 1957, S.241 ff) in VwArch 48 (1957), S.352 ff
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des OVG Hamburg vom 28.8.1958 (abgedruckt in MDR 1959, S.522 ff) in VwArch 5o (1959), S.395 ff
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des OVG Saarlouis vom 18.3.196o (abgedruckt in DVBl 196o, S.523 ff) in VwArch 52 (1961), S.1o8
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.1.1961 (abgedruckt in NJW 1961,S.1321 mit Anm. von Beyer) in VwArch 53 (1962), S.76 ff
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des VG Darmstadt vom 17.7.1962 (abgedruckt in DVBl 1962, S.875 ff) in VwArch 54 (1963), S.2o3 ff
Menger, Christian-Friedrich	Anm. zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.5. 1963 - I C 247/58 - (abgedruckt in DVBl 1963, S.815 ff = NJW 1963, S.2o88 ff) in VwArch 55 (1964), S.177 ff
Menger, Christian-Friedrich	Abhandlung über das Problem des Zusammenwirkens mehrerer Behörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung in VwArch 56 (1965), S.185-192
Nebinger, Robert	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Stuttgart 1949
Nedden, Gerhard	Mitwirkung der obersten Landesstraßenbaubehörde bei der Genehmigung von Bauten im Schutzbereich der Bundesfernstraßen in DÖV 1959 S.525 ff

Obermayer,Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München und Hannover 1956 (zitiert "VA u.iRA")
Obermayer,Klaus	Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden in JZ 1956,S.617
Obermayer,Klaus	Rechtsprobleme des Gesetzes ff. über den Personalgutachterausschuß für die Streitkräfte in DVBl. 1956, S. 674 ff.
Obermayer, Klaus	Anm. zu dem Urteil des OVG Lüneburg v. 1o.1.1957 (abgedruckt in DVBl. 1958,S.118 ff.) in DVBl. 1958, S.14o ff.
Obermayer,Klaus	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern. München 1962, herausgg. von Maug,Johann - Maunz,Theodor Mayer,Franz -Obermayer,Klaus
Oehm	Die zusammengesetzten Verwaltungsakte nach §§ 19 und 36 Bundesbaugesetz in Bl.f.Grundstücks- und Wohnungsrecht 1961, S. 341 ff.
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung.Berlin 1949
Pietzonka,Desiderius	Probleme des Bundesbaugesetzes in NJW 1961,S.1425 ff.
Rautenberg,Joachim - Voigt, Helmut	Probleme der sogen.Allgemeinen Leistungsklage in DöV 1964, S.259 ff.
Redecker,Walter- v.Oertzen,Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar. Münster 1960
Rietorf	Anm. zu dem Urteil des OVG Münster v. 27.11.1957 in DöV 1958, S.186 f.
Ringgelmann,Richard	In welchem Rahmen wird sich die künftige Bundesgesetzgebung abspielen? In Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, S. 13 ff, Frankfurt 1950, veröffentlicht vom Institut zur Förderung öffentl.Angelegenheiten.
Rchwer-Kahlmann, Harry	Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze (Art.84 Abs. 1 GG) in AöR Band 79 (1953/54), S.2o3 ff.

Rosenberg,Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8.Aufl.,München und Berlin 1960
Rupp, Hans-Heinrich	zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme in AöR Bd.85 (1960),S.149 ff. und S.302 ff.
Schack,Friedrich	Anm. zu dem Urteil des OLG Oldenburg v. 12.5.1950 in DVBl. 1951, S. 21 f.
Schäfer,Walter	Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung, insb. die Klage auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes in DVBl. 1960, S.837 ff.
Scheerbarth,Walter	Das allgemeine Bauordnungsrecht. Köln 1962
Schmitt-Lermann,Hans	Der überregionale Verwaltungsakt in DöV 1962, S. 667 ff.
Schneider,Hans	Zum Selbsteintritt der höheren Behörde in Angelegenheiten der unteren Verwaltungsstelle in DVBl. 1950, S. 702 ff.
Schrödter,Hans	Das Zusammenwirken der Behörden im Baugenehmigungsverfahren in DVBl. 1962, S.743 ff.
Schrödter,Hans	Bundesbaugesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1964
Schuegraf, Elmar	Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörden und Gemeinden in NJW 1961, S. 1956 f.
Schuegraf, Elmar	Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde beim Erlaß gemeinsamer Verwaltungsakte in DVBl. 1961, S. 654 ff.
Schunck, Egon - De Clerck,Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar. Siegburg 1961
Schütz,Walter - Frohberg,Günther	Kommentar zum Bundesbaugesetz, Neuwied, Berlin und Darmstadt 1960
Schütz, Walter	Zustimmung-Einvernehmen anderer Behörden im Baurecht in NJW 1963, S. 2150 ff.

Sellmann	Verwaltungsrechtsschutz in Schwerbeschädigtensachen.Untertitel: Klage gegen die Verweigerung der Hauptfürsorgestelle, die Anrechnung eines Schwerbeschädigten auf zwei Pflichtplätze vorzuschlagen in BB 1954, S. 8o6 ff.
Sievers, Ernst-R.	Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz in NJW 1957,S.441 ff
Stecher,Dieter	Fortgeltung und Bedeutung des Anbauerlasses vom 8.September 1936 und des Zustimmungserfordernisses nach Ziff. 26 des Erlasses in DöV 196o, S.374 ff.
Stern,Klaus	Schlichte Verwaltungsäußerungen in BayVBl. 1957, S. 86 ff.
Stich, Rudolf	Einvernehmen und Zustimmung: Untertitel: Verfassungs-, Verwaltungs- und verfahrensrechtliche Überlegungen zum Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörde, Gemeinde und höherer Verwaltungsbehörde nach dem Bundesbaugesetz in DVBl. 1963, S. 193 ff.
v.Strahlenheim, Henning	Die Befugnisse oberster Bundesbehörden zum Erlaß von Verwaltungsakten in SVb 195o, S.281 ff
Süß, Siegwin	Genehmigungspflicht für den Bodenverkehr nach den §§ 19 ff. BBauG in BayBgm 1962, S.73 ff.
Thomas, Werner	Beseitigung eines Bauwerkes wegen fehlender Zustimmung nach § 9 Abs. 2 Fernstraßengesetz in DVBl. 1959, S. 763 ff.
v.Turegg, Kurt-Egon	Bundeseigene Verwaltung in NJW 1951, S. 868 f.
Ule, Karl-Hermann	Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel in "Recht, Staat, Wirtschaft" Band 3, S.26o ff., Düsseldorf 1961
Ule, Karl-Hermann	Anm. zu dem Urteil des LVG Köln vom 25.2.1958 in ZBR 1958,S. 2o9 ff.
Ule, Karl-Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, 2.Aufl., München-Berlin 1961

Ule, Karl-Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit: M.v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes u.d.Länder, neue Ausgabe 1, 2,2.Aufl., Köln,Berlin,München und Bonn 1962
Volkmar,Dieter	Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung. Berlin 1962
Weingart,Olaf	Der überregionale Verwaltungsakt, maschinenschriftliche Dissertation Würzburg 1960
Weingart,Olaf	Der überregionale Verwaltungsakt in BayVBl. 1960, S.174 ff.
Wolff, Hans J.	Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten in MDR 1951,S.523 ff.
Wolff, Hans J.	Rechtsgrundsätze und Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 33 ff. München 1955
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. 5.Aufl. München-Berlin 1963.
	Verwaltungsrecht II. Ein Studienbuch. München-Berlin 1962
Zschacke	Die Begründung des Verwaltungsaktes und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren.

A b k ü r z u n g e n

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886; bis 1910: Archiv für Öffentliches Recht) Zit. nach Band und S.
Arge-Bau	Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister (Senatoren) der Länder
BAnz	Bundesanzeiger (seit 1949)
BauOR	Bauordnungsrecht
BauVw	Die Bauverwaltung(Zeitschrift für behördliches Bauwesen seit 1951)
Bay, bay	Bayern, bayerisch
BayBgm	Der Bayrische Bürgermeister(Zeitschrift seit 1947)
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayrischen Landesrechts
BayGVBl	Bayrisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayRAnO	Bayrische Rechtsanwaltordnung 1946 in BayGVBl. 1946, S.371
BayStAnz	Bayrischer Staatsanzeiger
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter (Zeitschrift nF seit 1955)
BayVGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern vom 25.9.1946 (BayGVBl. S.281)i.d.F.v. 30.9.1949 (BayGVBl. S. 258)
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BayZAG	Gesetz über das Zwangsabtretungsverfahren in Bayern vom 17.11.1837 in BayBS I, S.203
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift seit 1946)
BBauBl	Bundesbaublatt (Zeitschrift seit 1952)
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23.Juni 1960 (BGBl. III, Nr. 213 - 1)
Betrieb	Der Betrieb (Zeitschrift seit 1947)

berlPlanungsG	Berliner Planungsgesetz vom 22.8.1949 (Berliner GVBl.I, S.301)
BFstrG	Bundesfernstraßengesetz v. 6. 8.1953 (BGBl. I, S. 903
BGBl I	Bundesgesetzblatt seit 1949, Teil I seit 1951
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
BlGBWR	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (Zeitschrift seit 1951)
BMWo	Bundesminister für Wohnungsbau
BMdI	Bundesminister des Innern
BReg	Bundesregierung
BRt	Bundesrat
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BTg	Bundestag
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BWiM	Bundeswirtschaftsminister (-ium)
Diss.jur.	Juristische Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift seit 1950;Fortsetzung des Reichsverwaltungsblattes)
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
EG	Einführungsgesetz zu dem danach genannten Gesetz
Entw	Entwurf
EVwVerfG 1963	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963

EWiG	Gesetz für Förderung der Energiewirtschaft v. 13.12.1935 in der Fassung v. 19.7.1941 (RGBl.I, S.467)
FestSchr	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.Mai 1949 (BGBl. III Nr. 1oo - 1)
GedSchr	Gedächtnisschrift
GemeinVO	Gemeinverordnung - Rechtsverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 i.d.F. v.12.Sept. 196o (BGBl. III Nr. 3oo - 2; SaBl. 893)
HessForstG	Hessisches Forstgesetz vom 1o.November 1954 (Fuhr-Pfeil 178)
i.d.F.	in der Fassung
JgSchG	(Bundes-) Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit i.d.F. vom 27.Juli 1957 (Sammelblatt 1441; BGBl.I, 1o58)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift seit 1947)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift seit 1961)
JZ	Juristenzeitung (Fortsetzung der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Juristenzeitung seit 1951)
KWG	Kreditwesengesetz vom 25.9.1939 (RGBl. I S.1955) i.d.F. der Verordnungen v. 23.7.194o (RGBl.I S. 1o47) und vom 18.9.1944 (RGBl. I, S.211)
LAG	Landesarbeitsgericht
Lit.	Literatur
LJV	Landesjustizverwaltung
LKT	Landeskreistag -Nordrhein-Westfalen - Eildienst
LSczG	Landessozialgericht

LVG	Landesverwaltungsgericht
MBauO	Musterbauordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (seit 1947)
MdI	Minister des Innern
MittDStTg	Mitteilungen des Deutschen Städtetages
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nds., nds	Niedersachsen, niedersächsisch
ndsAGVwGO	Niedersächsisches Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung vom 12.April 1960 (ndsGVBl S.21)
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift seit 1947
NW. nw	Nordrhein-Westfalen, nordrheinestfälisch
nwAGVwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S.17) im Lande Nordrhein-Westfalen vom 26.März 1960 (GVNW S.47, berichtigt S.68)
nwMinBl	Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (seit 1947)
obLstrbauB	Oberste Landesstraßenbaubehörde
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PGA	Personalgutachterausschuß
PGAG	Bundesgesetz über den Personalgutachterausschuß für die Streitkräfte vom 23.Juli 1955 (SaBl. 830)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrPolR	Preußisches Polizeirecht
RA	Rechtsanwalt

RAnwO BrZ	Rechtsanwaltsordnung der britischen Zone v. 1o.3.1949 (VOBlBrZ S. 8o)
RdNr	Randnummer
Reg	Regierung
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl. I	Reichsgesetzblatt (1871-1945) Teil I (seit 1922)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
RhPf, rhpf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
rhpfAufbauG	Aufbaugesetz für Rheinland-Pfalz vom 1.8.1948 (GVBl. S. 317)
rhpfGVBl	rheinland-pfälzisches Gesetz- und Verordnungsblatt
rhpfLPVO	Landespolizeiverordnung über die Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften vom 28.August 1952 (GVBl.S.121) in Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
SaBl	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder (seit 195o)
saarlAGVwGO	Saarländisches Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung vom 5.Juli 196o (Amtsblatt S.558)
schlhAGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung vom 29. März 196o (GVBl. S.86) in Schleswig-Holstein
SchwerbeschG	Schwerbeschädigtengesetz i.d.F. vom 14.August 1961 (BGBl. III, Nr. 811-1; SaBl S.1427)
SGG	Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953 (BGBl.III, Nr. 33o-1; SaBl. 13o3)
SonderVO	Sonderverordnung
TB	Tatbestand
UrteilsBespr.	Urteilsbesprechung
wN	weitere Nachweise

ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (seit 1953)
ZHG	Zahnheilkundegesetz vom 31. März 1952 (BGBl. I S.221)
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 1877 i.d.F. vom 12.Sept.195o
ZuckerG	Zuckergesetz - Gesetz über den Verkehr mit Zucker vom 5.1.1951 (BGBl. I, S.47)

Abschnitt 1

Kapitel I: Einführung

Zahlreiche Gesetze, Gemein- und Verwaltungsverordnungen schreiben ein Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes vor.

Mal muß eine Behörde der Entschließung einer anderen "zustimmen", das andere Mal hat die eigentlich handelnde Behörde, - in der Folge der Untersuchung allgemein Entscheidungsbehörde genannt -, die Pflicht, vor Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes die beteiligte Behörde "anzuhören", oder aber die verschiedenen Verwaltungsstellen müssen "gemeinsam" den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt regeln.

Vornehmlich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben gibt zu einem solchen Zusammenwirken verschiedener, in der Regel nicht im Über- und Unterordnungsverhältnis stehender Verwaltungsbehörden Anlaß; denn oft sind einzelne Behörden fachlich nicht oder nicht genügend in der Lage, einen bestimmten Sachverhalt allein zu entscheiden, oder aber der Gesetzgeber will die Interessen anderer Behörden oder einer Zivilperson durch ein solches Zusammenwirken hinreichend berücksichtigt wissen.

Wie sind nun diese Mitwirkungsakte, z.B. "die Anhörung" oder die "Zustimmung" rechtlich zu beurteilen? Entfalten sie etwa unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber der Zivilperson oder bilden sie nur Verwaltungsinterna ?

Kann also ein Kläger eine Zustimmung unmittelbar mit einer Verpflichtungsklage gegen die Zustimmungsbehörde erstreiten oder nur mittelbar in einem Prozeß gegen die Entscheidungsbehörde? Welche rechtlichen Wirkungen ergeben sich, wenn eine zwingend vorgeschriebene Anhörung unterbleibt?
Auch eine verfassungsrechtliche Frage taucht auf: Dürfen Bundes- und Landesbehörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes zusammenwirken, obwohl das Grundgesetz die Verwaltungsräume von Bund und Ländern regelmäßig scharf trennt?

Das Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes wirft also eine Fülle von Streitfragen auf, die in Literatur und Rechtsprechung schon des öfteren Anlaß zur Erörterung gaben.
Diese Untersuchung will zur weiteren Klärung der aufgezeichneten Rechtsprobleme beitragen.

Kapitel II: Die verschiedenen Mitwirkungsakte:

Zunächst gilt es, die in den einzelnen Gesetzen aufgeführten "Spielarten" der Mitwirkung aufzuzeichnen und zu ordnen. Schon die drei erwähnten Beispiele "Anhören", "Zustimmung" oder "gemeinsames Handeln" lassen aufgrund des Sprachgebrauchs und des damit verbundenen Wortsinns auf eine unterschiedliche I n t e n s i t ä t des Zusammenwirkens schließen. Das verdeutlicht noch mehr eine Aufzählung der verschiedenen Mitwirkungsakte, die in der Gesetzessprache zu finden sind: Z.B. "Vorschläge machen", "im Benehmen" oder " im Einvernehmen" handeln. "Widersprechen", "Mitbestimmen", "Mitwirken" oder "unter Beteiligung handeln". Zwar verbindet sich mit den aufgezählten Mitwirkungsakten kein festgefügter Rechtsinhalt, der die Feststellung erlaubte, eine Zustimmung sei immer ein Verwaltungsakt, die Anhörung habe immer verwaltungsinternen Charakter [1]; jedoch läßt sich mit Sicherheit sagen, daß eine Verwaltungsbehörde ein stärkeres Mitwirkungsrecht bei einem "gemeinsamen Handeln" als bei einer "Anhörung" besitzt, oder daß ein "Widerspruch" eine größere Einflußnahme auf das Handeln der Entscheidungsbehörde erlaubt als ein Vorschlags- oder Informationsrecht.

§ 1. Einteilung der Mitwirkungsakte nach ihrer Intensität

Diese Feststellung berechtigt zu dem Versuch, die einzelnen Beteiligungsformen bei dem Zusammenwirken gleichgeordneter Verwaltungsbehörden zum Erlaß eines

1) So ausdrücklich Friauf in DöV 1961, 666 (669 unter II 3) für den behördlichen Zustimmungsvorbehalt

Verwaltungsaktes nach ihrer I n t e n s i t ä t zu systematisieren und womöglich zu Gruppen zusammenzufassen.

a) Die informierenden Mitwirkungsakte

Da sind zunächst die Fälle aufzuzeichnen, bei denen eine Verwaltungsbehörde einer anderen vor Erlaß eines Verwaltungsaktes etwas mitteilt,
unterrichtet,
anzeigt oder
Kenntnis gibt.
Freilich kann bei diesen mehr oder weniger i n f o r m i e r e n d e n Mitwirkungsakten nur von einem Zusammenwirken i m w e i t e r e n S i n n e gesprochen werden, da ein eigentliches Beteiligungsverhältnis zu der Entscheidungsbehörde nicht entsteht, und die "mitwirkende" Behörde keinerlei unmittelbaren Einfluß auf den zu erlassenden Verwaltungsakt nehmen kann; vielmehr dient das "Kenntnis geben", "Mitteilen", "Anzeigen" oder "Unterrichten" lediglich der Information über eine bestimmte Rechts- oder Sachlage.

b) Die begutachtenden Mitwirkungsakte

Unmittelbaren Einfluß auf den Erlaß des Verwaltungsaktes hat die mitwirkende Behörde auch dann nicht, wenn sie laut Gesetzes
(gutachtliche) Vorschläge machen oder
(gutachtlich) mitwirken soll,
oder aber die Entscheidungsbehörde die mitwirkende anhören muß,
die gutachtliche Stellungnahme einholen soll,
sich ins Benehmen zu setzen hat oder

unter Beteiligung oder nach Beratung handeln muß. In diesen Fällen soll vielmehr die Mitwirkungs- der Entscheidungsbehörde nur g u t a c h t l i c h zur Seite stehen und durch ihre Fach- und Spezialkenntnisse Erfahrungen vermitteln und so ein vorbereitendes, sachverständiges Urteil zu der zu treffenden Entschliessung der Entscheidungsbehörde abgeben [1].

c) Mitentscheidende Mitwirkungsakte (Mitentscheidungsakte)

Die Beteiligung kann indes derart ausgeprägt sein, daß die Mitwirkungsbehörde m i t e n t s c h e i d e t und so durch ihr Urteil unmittelbaren Einfluß auf die Entschließung der Entscheidungsbehörde nimmt.

Diese Mitentscheidung kann positiv gefaßt sein, indem die beteiligte Behörde
zustimmt (genehmigt),
im Einvernehmen oder Einverständnis handelt, oder
sie hat negativen Charakter in Form des
Widerspruches,
Einspruches,
in der Versagung der Zustimmung, Genehmigung, des Einvernehmens oder Einverständnisses.
FICKERT allerdings bestreitet die Möglichkeit, die Zustimmung dem Einvernehmen gleichzusetzen und in eine Gruppe einzuordnen, da nach seiner Meinung der

---

1) So wurde treffend der Charakter des Gutachtens vom LVG Köln in ZBR 1958, S.206 (208) gekennzeichnet; vgl. auch Grossmann, Diss.jur.,Heidelberg 1964, S.46 unter III mwN in Anm.14.

Begriff "Einvernehmen" innerhalb der verschiedenen Formen der Beteiligung Dritter die stärkste Art der Mitwirkung darstellt; das Herstellen des Einvernehmens bedeute nämlich die gleichwertige und volle Mitbestimmung des zur Entscheidung stehenden Sachverhaltes, während die "Zustimmung" zwischen die Beteiligungsformen "Einvernehmen" und "Benehmen" einzugliedern sei [1].

Den gegenteiligen Standpunkt vertritt SCHÜTZ, der das Wort "Einvernehmen" für farblos hält; es könne zwar die Bedeutung eines Zustimmungsvorbehaltes haben; im allgemeinen aber entspreche es den Mitwirkungsakten "im Benehmen mit" oder "unter Beteiligung von" [2].
SCHÜTZ muß man insofern Recht geben, als die von ihm angeführten Mitwirkungsakte in ihrer r e c h t l i c h e n Qualität durchaus gleichstehen können; dieses trifft dann zu, wenn sie im einzelnen ihrem Rechtscharakter nach als Verwaltungsinterna zu behandeln sind; indes kann die unterschiedliche Intensität des Zusammenwirkens nicht geleugnet werden. Darauf weist schon allein der Wortlaut des § 37 Abs.2 BBauG hin, wo der Gesetzgeber die Mitwirkungsakte "Einvernehmen" und "im Benehmen mit" nebeneinander verwandt und so die verschiedene Intensität kennzeichnete. Das allerdings kann lediglich als H i n w e i s gelten, da das BBauG auch Vorschriften kennt, in denen sowohl das Einvernehmen hergestellt als auch die Zustimmung eingeholt werden muß [3], und

---

1) Siehe Fickert in DVBl.1964, S. 173 (173 u.176 unter
2) Siehe Schütz in NJW 1963, S.2150 (2151) 4)
3) Bestimmte Bauvorhaben bedürfen gem. §§ 19,33,35,36 BBauG neben der Einvernehmenserklärung der Gemeinde der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde.

auch dieses Nebeneinander der beiden Beteiligungsformen als Kennzeichen für eine unterschiedliche Intensität gewertet werden könnte.

Beweis für die Verschiedenheit von "im Benehmen mit" und "Einvernehmen" ist aber der S p r a c h g e - b r a u c h ", da ersteres, wie das LAG FRANKFURT richtig beschreibt [1], lediglich das Erfordernis einer gemeinsamen Besprechung und Beratung bedeutet im Gegensatz zum "Einvernehmen", "das Fühlingnahme bis zum Einverständnis" erfordert. Dieser Tatsache hat der Bundesrat Rechnung getragen, indem er das Recht des Bundes, mit einer Landesbehörde im "Einvernehmen" zu handeln, wegen verfassungsrechtlicher Bedenken in die Form des "Benehmens" umwandelte und so die Einflußnahme des Bundes aufgrund der unterschiedlichen Intensität der beiden Mitwirkungsakte abschwächte [2], woraus erhellt, daß auch die Gesetzgebungsorgane dem "Einvernehmen" ein stärkeres Mitwirkungsrecht beimessen als dem " sich in's Benehmen setzen". Insofern erweist sich die von SCHÜTZ vertretene Meinung als nicht haltbar [3].

Andererseits ist aber auch die Möglichkeit der Einflußnahme bei einer Einvernehmenserklärung nicht so verschieden von einem Zustimmungsvorbehalt,- wie FICKERT behauptet -, um diese nicht zusammen in die Gruppe der mitentscheidenden Mitwirkungsakte einordnen zu können; vermögen doch beide Beteiligungsformen auf Grund ihrer Intensität im Falle einer ihnen zukommenden Bindungswirkung gegenüber der Entscheidungsbehörde deren Entschluß zu hindern, so

---

1) siehe LAG FRANKFURT v. 3.2.1953 in BB 1953,S.561
2) siehe §§ 53 Abs.2 und 54 Abs.3 des Entw. eines Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande, BT-Drucksachen Nr. II/831,S.2o und 21, S.59 Nr. 27a, S.6o Nr. 28b; III/255 (§§ 53 Abs.2, 54 Abs.2).wN siehe Darmstadt,Diss. jur. 1961, S.94 Anm.19.
3) s. auf S. 7.

z.B. wenn die Mitentscheidungsbehörde bindend ihre Zustimmung oder ihr Einvernehmen versagt. Nur in f o r m e l l e r Hinsicht unterscheiden sich die beiden Mitwirkungsakte: während die Einvernehmenserklärung in der Regel zum Zeitpunkt der Willensbildung der Entscheidungsbehörde ausgesprochen wird, folgt die Zustimmung oder deren Verweigerung zeitlich dieser Willensbildung nach. Dieser nur f o r m e l l e Unterschied kann jedoch die Einordnung beider Beteiligungsformen in eine und dieselbe Gruppe nicht hindern. [1)]

3) zu S.6: So wird denn auch in Lit.und Respr, überwiegend " sich ins Benehmen setzen" der "Anhörung" gleichgesetzt und als schwächer in seiner Intensität als das "Einvernehmen" erachtet: vgl. Hans J.Wolff II, § 77 V d 2; Böttgen in DöV 1955, S. 485 (487); Gerner in BayVBl. 1955, S.193 (195); Füßlein in DVBl. 1956, S. 1 (1 mit Anm.6); Schuegraf in DVBl. 1961, S.654 (655); Heinze in VwArch 52 (1961), S. 159 (168 mwN in Anm.39); Rohwer-Kahlmann, § 2o Rdnr. 1o mwN; Maunz-Dürig, Art.83 GG, Rdnr. 61; Fickert in DVBl.1964, S.173 (173 unter 1); Darmstadt, Diss.jur.Münster 1961, S. 89 mwN; Heitzer,Diss.jur.Mainz 1961,S.57 unter § 18; Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964,S.44/45 unter § 8 I: Anhörung = (gutachtliche) Stellungnahme =(gutachtliche) Mitwirkung; daselbst auf S.57 Benehmen =Anhörung; VGH Württ.Bd.in DöV 1951, S.641 (642); LAG Frankfurt in BB 1953, S.561 unter 2; VG Darmstadt in DVBl. 1962, S.875 (876 unter 4 a und b).

1) Zu Recht setzen deshalb die Zustimmung und das Einvernehmen gleich: Füßlein in DVBl. 1956, S.1 (1); Kohlhammer-Grauvogel, Bundesbaugesetz § 19, Anm.IV 3; Schuegraf in DVBl. 1961, S. 654 (655); Maunz-Dürig, Art. 83 GG, Rdnr. 61; Süß in BayBgm 1962, S. 73 (76); Stich in DVBl.1963, S.193 ff.; darüber hinaus setzen Heinze in VwArch 52 (1961), S. 159 (164) Zustimmung, Einvernehmen, Genehmigung und Einverständnis gleich; Frischmann-Weingart in DöV 1962, S.721 (721 unter I mit Anm.2) Einvernehmen = Zustimmung = nicht erfolgter Widerspruch; ebenso Darmstadt, Diss.jur.Münster 1961, S. 57; ebenso Großmann, Diss.jur.Heidelberg, 1964, S. 64 unter III mwN in Anm.1o5 Zustimmung = Einvernehmen und auf S.1o4 Zustimmung = nichterfolgter Widerspruch; VG Darmstadt in DVBl.1962, S.875 (876 unter 2 a und b).

d. Gemeinsame Mitwirkungsakte

Schließlich seien noch die Arten des Zusammenwirkens aufgeführt, wo eine Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt n a c h a u ß e n h in nicht ohne eine andere erlassen darf, und beide die volle Verantwortung für die Entschließung gegenüber der Zivilperson g e m e i n s a m tragen. Daher liegt eine echte gemeinsame Entscheidung vor. Der Gesetzgeber gebraucht in der Regel für ein solches Zusammenwirken die Begriffe des
gemeinsamen Handelns,
der Mitvornahme,
der Mitbestimmung oder Mitzeichnung [1].

---

1) Es fällt auf, daß der Gesetzgeber eine Vielzahl von terminologisch unterschiedlichen Wortwendungen verwandt hat, die doch in ihrer Intensität als gleichwertig zu beurteilen sind. Vornehmlich f o r m e l l e Gründe dürften dafür den Ausschlag gegeben haben, um möglicherweise den Z e i t p u n k t oder auch die A r t und W e i s e der Mitwirkung näher zu kennzeichnen.

So muß z.B. bei den mitentscheidenden Mitwirkungsakten das Einvernehmen in der Regel vor oder während der internen Entschließung der Entscheidungsbehörde seitens der Mitentscheidungsbehörde abgegeben werden, während die Zustimmung, Genehmigung, der Einspruch oder Widerspruch der internen Willensbildung nachfolgen, d.h., zuerst muß die Entscheidungsbehörde sich intern ein Urteil bilden, und erst dann erfolgen die Zustimmung, die Genehmigung, der Widerspruch oder Einspruch.
Auch lassen die verschiedenen Formulierungen Rückschlüsse auf die Art und Weise der Mitwirkung zu. So muß die Zustimmung in der Regel a u s d r ü c k l i c h, ein Einverständnis kann dagegen auch s t i l l s c h w e i g e n d ausgesprochen werden: eine Anhörung erfolgt, vom Wortsinn her gesehen, mündlich unter Anwesenden, das " sich ins Benehmen setzen" kann auch s c h r i f t l i c h geschehen; ebenso verhält es sich bei den Mitwirkungsakten " Mitzeichnung" und "Mitwirkung": bei ersterem ist grundsätzlich Schriftform erforderlich, die Mitwirkung ist dagegen an keine Form gebunden.

§ 2 Einteilung der Mitwirkungsakte nach ihrer Bindungswirkung

HEINZE versucht darüber hinaus die einzelnen Beteiligungsformen nach Umfang, Art und Intensität ihrer Bindung zu unterscheiden [1].

a) Die grundsätzliche Möglichkeit einer Bindungswirkung

Eine solche Systematisierung ist jedoch nur möglich, wenn der Gesetzgeber den Mitwirkungsakten überhaupt eine bindende Wirkung verleihen kann.

Dieses hat der VGH MÜNCHEN [2] in einer Entscheidung zu § 5 Ziff. 4,5 und 6 bayRAnwO 1946 [3] als mit der Verfassung unvereinbar angesehen, da seines Erachtens nach dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Entscheidungsbehörde gegenüber der Zivilperson die volle Verantwortung für die getroffene Entschließung tragen muß; das aber sei ausgeschlossen, wenn diese in ihrer Entscheidung voll und ganz an den Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde gebunden sei. Dieser Auffassung hat sich das OVG LÜNEBURG [4] allgemein angeschlossen und in seinem Urteil zu § 9 Abs.2 BFstrG [5] daher jegliche Bindung der Baugenehmigungsbehörde an die Versagung der Zustimmung seitens der obersten Landesstraßenbehörde [6] verneint.

Ganz abgesehen von den Bedenken, das erstere Urteil zu verallgemeinern und auf alle zwischen-

---

1) s. Heinze in VwArch 52 (1961), S.159 (163-171 unter 1 bis 2).
2) s. Urteil v. 10.3.1951 in VwRspr 3 (1951), S.651 (667) = NJW 1951, S.455 (456 unter IX).
3) s. bayGVBl 1946, S.371: Nach dieser Vorschrift mußte bei der Zulassung eines RA der Vorstand der RA-Kammer eine gutachtliche Stellungnahme der LJV gegenüber abgeben.
4) - 6) siehe auf S. 10.

behördlichen Beziehungen auszudehnen [1], erscheint die Existenz eines solchen allgemeinen Verfassungsgrundsatzes zweifelhaft. Führt man sich nämlich die einzelnen Grundpostulate des Rechtsstaatsprinzips - die Gewaltenteilung, die Gewährleistung persönlicher Grundrechte, den Begriff des formell bindenden Gesetzes, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Meßbarkeit der staatlichen Machtäußerung, die umfassende Rechtsschutzgarantie, die Rechtssicherheit[2] - vor Augen, so wird die zu weitgehende Auslegung des Rechtsstaatsprinzips durch die genannten Gerichte offenkundig; denn welches dieser aufgezeichneten Grundpostulate sollte durch eine derartige Bindungswirkung der Mitwirkungsakte verletzt sein? Deshalb betont das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [3] zu Recht, eine Bindung der Entscheidungsbehörde an die rechtliche Beurteilung der mitwirkenden Behörde sei rechtsstaatlich ebenso unbedenklich wie die Weisungsgebundenheit der Beamten gegenüber ihren Vorgesetzten und der Behörden gegenüber ihren Aufsichtsbehörden.[4]

---

4) zu S.9: siehe Urteil v. 1o.1.1957 in VwRspr. 1o/987 (988) = DVBl.1958, S.138 (139) = BBauBl. 1957, S. 531; ebenso Heins in Anm.BVwG vom 1o.5. 1955 in NJW 1955, S.1531.
5) siehe BGBl.1953 I, S.9o3.
6) in NRW ist nach GemeinVO vom 2o.9.1955 (GVBl. 1955, S.2o3) oberste Landesstraßenbaubehörde der Minister für Wirtschaft und Verkehr.

1) Diese Bedenken hat vor allem Groebe in DVBl. 1959, S.757 (761 unter III) erhoben; ebenso VG Münster in DVBl.1962, S.341 (343); ebenso Heitzer Diss.jur.1961, S.1o1.
2) Vgl. im einzelnen v.Mangoldt-Klein, Art.2o, Anm.VI 2.
3) Urteil v. 28.5.1963 - I C 99/59- in LKT 1963, S.255 (256).
4) der gleichen Meinung sind: Groebe, DVBl. 1959, S.757(761 unter III); Scheerbarth,Allg.BauOR., § 15o, S.248; Heinze in VwArch. 52 (1961),S.159 (162/63); Stich in DVBl.1963,S.197 unter III; VG Münster in DVBl. 1962, S.343.

Allenfalls aber kann man eine Bindung der Entscheidungsbehörde an den Mitwirkungsakt bei dessen Fehlerhaftigkeit vermeiden, da es sich möglicherweise nach dem rechtsstaatlichen Gedanken der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als untragbar erweist, wenn eine Behörde nach außen hin für eine Entscheidung eintreten muß, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt ist. Diesen Standpunkt hat das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [1] in seinen Urteilen zu § 12 RAnwO BrZ [2] vertreten.

HEINZE glaubt diese zuletzt aufgezeichnete, auch von SCHRÖDTER [3] und SCHÜTZ [4] vertretene Meinung des Bundesverwaltungsgerichts auf die unzulässige Anwendung " zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeits- und Schuldvorstellungen" zurückführen zu können [5]. Das aber erscheint zweifelhaft, ist doch wohl das Gericht von der Überlegung ausgegangen, auf Grund des im Verwaltungsrecht geltenden Verbotes der Verletzung gültiger Rechtssätze [6] könne die Entscheidungsbehörde durch die Bindungswirkung unmöglich zu einer fehlerhaften Entschließung g e z w u n g e n werden.

Dabei übersieht jedoch das Gericht, daß ein Mißachten der vom Gesetz vorgesehenen Bindung ebenso c o n t r a l e g e m ist; wenn nämlich die Entscheidungsbehörde sich bei einem nach ihrer Überzeugung mangelhaften Mitwirkungsakt ohne weiteres über die Bindung hinwegsetzen dürfte, so reißt sie entgegen der gesetzlichen Regelung die alleinige Entscheidungsbefugnis an sich.

---

1) s.Urteil v. 29.6.1954 in E 1, S.169(171); Urteil v. 10.5.1955 in E 2, S.95 (99); im Ergebnis ebenso: Schrödter in DVBl. 1962,S.743(747) im Falle strikter Rechtsanwendung" s. auch Forts. S.12.

Diese Auffassung ist um so bedenklicher, als schon allein die U b e r z e u g u n g , also gleichsam die "subjektive Einstellung" der Entscheidungsbehörde genügen soll, um sich über den an sich vom Gesetze her bindenden Mitwirkungsakt hinwegsetzen zu dürfen. Damit aber billigt man der Entscheidungsbehörde trotz der Bindung ein umfassendes Prüfungsrecht zu, was nicht nur contra legem, sondern nach HEINTZE [1] mit einem geordneten Verwaltungsablauf praktisch unvereinbar ist; überdies träte im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Regelung das Ermessen der Entscheidungs- an die Stelle des Ermessens der Mitwirkungsbehörde[2]. So kann man dieser vom BUNDESVERWALTUNGSGERICHT in seinen Urteilen zu § 12 RAnwO BrZ, von SCHRÖDTER und SCHÜTZ vertretenen Auffassung , eine Bindung der Entscheidungsbehörde sei bei einer Mangelhaftigkeit des Mitwirkungsaktes zu verneinen, nur insoweit folgen, als die Entscheidungsbehörde zur nochmaligen Vorlage an die mitwirkende Behörde verpflichtet ist, wenn nach ihrer Überzeugung der Mitwirkungsakt mangelhaft ist; keinesfalls aber darf sie trotz der Bindung ohne weiteres diesen mißachten und sich über ihn hinwegsetzen [3].

---

1) zu S.11 Forts.: Heitzer, Diss. jur.Mainz 1961, S. 1o1.
2) s. RAnwO BrZ v. 1o.3.1949 in VOBl.BrZ S.8o.
3) s. Schrödter in BBauG. Kommentar, § 36 Rdnr.7.
4) s. Schütz in NJW 1963, S. 215o (215o).
5) s. Heinze in VwArch 52 (1961), S.159 (162).
6) Vgl. im einzelnen Hans J. Wolff 1, § 3o II b/3.
1) s. Heinze in VwArch. 52(1961), S.159 (162); ders. in Anm.zu Urteil d. OVG Münster in DöV 1962, S.833 - Urteil v. 11.4.1962 - S.837 betreffs Bindung im allgemeinen.
2. So Böhm in DöV 1958, S.72 (74 unter 1 c); im Anschluß daran auch Groebe in DVBl.1959,S.757 (761 unter III).
3) Also entsprechend der Vorlagepflicht eines Beamten an seinen Vorgesetzten.

HEINZE weist zu Recht auf eine Ausnahme hin: Die Bindung entfällt bei N i c h t i g k e i t des Mitwirkungsaktes; aber auch dann wird es einer guten Verwaltungspraxis entsprechen, wenn die Entscheidungsbehörde wegen der an sich bestehenden Bindung den nichtigen Mitwirkungsakt unter Hinweis auf dessen Fehlerhaftigkeit der beteiligten Behörde nochmals vorlegt; denn es fehlt sonst ja an einer wirksamen Mitwirkung.
Zusammenfassend ist zu sagen: Grundsätzlich ist eine Bindung der Entscheidungsbehörde an einen Mitwirkungsakt möglich, da weder verfassungs- noch andere rechtliche Bedenken bestehen; dabei spielt es keine Rolle, ob der Mitwirkungsakt rechtmäßig oder fehlerhaft ist, es sei denn, der Mitwirkungsakt ist nichtig.

b) Unterschiedliche Ausgestaltung der Bindung

Dem Gesetzgeber ist es daher freigestellt, ob und wann er einem Mitwirkungsakt bindende Wirkung beimißt. Dazu aber wird er sich vor allem dann entschließen, wenn er/durch die Beteiligung die zu wahrenden Interessen ganz besonders schützen will; dabei besteht für ihn als Gesetzgeber die Möglichkeit, die Bindung verschieden auszugestalten: Er kann die aufgeführten Mitwirkungsakte mit a b s o l u t e r , r e l a t i v e r oder w e c h s e l s e i t i g e r Bindung versehen.

1) Absolute Bindung:

Besteht eine solche, so ist die Entscheidungsbehörde in jedem Fall an den Mitwirkungsakt gebunden gleichgültig, ob dieser p o s i t i v oder n e g a t i v ausfällt, gleichgültig also, ob z.B. die beteiligte Behörde bei Erteilen einer Baugenehmigung ihre Zustimmung gibt oder ver -

sagt [1].
Im einzelnen hat daher eine derartige Bindung folgende Auswirkung:

α) Vertritt die Mitwirkungsbehörde eine positive Auffassung, so wird allein deshalb der Entscheidungsbehörde nicht die Möglichkeit verschlossen, den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt dennoch negativ zu beurteilen, nämlich wenn sie solche Versagungsgründe anführt, die außerhalb der gesonderten Interessen der Mitwirkungsbehörde liegen und die nur von ihr als Entscheidungsbehörde wahrgenommen werden; sie kann aber in diesem Fall nicht gerade aus den Gründen ablehnen, deren Prüfung aufgrund der gesetzlichen Regelung allein der beteiligten Behörde obliegen.

β) Nimmt dagegen die Mitwirkungsbehörde eine ablehnende Haltung ein, hat sie also z.B. widersprochen, Einspruch erhoben, nicht zugestimmt oder ihr Einvernehmen abgelehnt, so kann die Entscheidungsbehörde nicht frei handeln, sondern muß dem Inhalt nach in voller Übereinstimmung mit der Auffassung der beteiligten Behörde die Zivilperson negativ bescheiden. Darüber hinaus aber kann sie selbstverständlich von sich aus z u s ä t z l i c h e Versagungsgründe anführen, die ebenfalls zur negativen Entscheidung beitragen.

Kommt die Entscheidungsbehörde bei der Prüfung der ihr obliegenden Gesichtspunkte von vornherein zur Ablehnung, so braucht sie die andere Behörde nicht zu beteiligen, sondern kann von sich aus eine

---

1) Auf den ersten Blick mag diese Form der Bindung als sehr theoretisch erscheinen. Sie wird aber z.B. in der Literatur von Stich in DVBl. 1963, S.193 (195) für das Einvernehmen der Gemeinde nach den Vorschriften des BBauG vertreten.

negative Entschließung treffen. Allerdings wird es einer guten Verwaltungspraxis entsprechen, wenn sie trotz ihrer ablehnenden Auffassung auch die Mitwirkungsbehörde um ihre Meinung befragt, um so der Zivilperson ein umfassendes Bild über die rechtliche Beurteilung jeder am Verwaltungsverfahren beteiligten Behörde zu geben.

Diese aufgezeichneten Möglichkeiten sollen kurz an drei Beispielen verdeutlicht werden:
Die Zivilperson Z hat eine Baugenehmigung beantragt. Bei diesem Verfahren hat die mitwirkende Behörde A die städtebaulichen Belange wahrzunehmen, der Entscheidungsbehörde B dagegen obliegen alle anderen Gesichtspunkte zur Prüfung.

zu α): A stimmt zu, B darf sich nicht darüber hinwegsetzen: sie kann aus baustatischen Gründen das Baugesuch ablehnen.
zu β): A stimmt nicht zu. B muß allein schon deshalb die Baugenehmigung versagen, auch wenn sie die Ablehnungsgründe der A nicht anerkennt. Sie darf aber zusätzliche Versagungsgründe vorbringen, die ebenfalls dem Antrag des Bauwilligen entgegenstehen.

zu γ): B nimmt allein schon deshalb eine negative Haltung ein, weil durch das Bauvorhaben die geordnete Bauweise beeinträchtigt wird. B braucht A am Verwaltungsverfahren nicht zu beteiligen.

2. Relative Bindung:
Sieht der Gesetzgeber eine relative Bindung vor, so kann die Entscheidungsbehörde nur bei einer a b l e h n e n d e n Entschließung der Mitwirkungsbehörde n i c h t f r e i e n t s c h e i d e n; nur in diesem Fall muß sie inhaltlich in voller Übereinstimmung dem Mitwirkungsakt folgen.

Nimmt dagegen die beteiligte Behörde eine p o s i t i v e Haltung ein , stimmt sie also zu oder erklärt sie ihr Einvernehmen oder Einverständnis, so kann die Entscheidungsbehörde dennoch A b l e h n u n g s g r ü n d e vorbringen, die a n s i c h i n d e n g e s o n d e r t e n A u f g a b e n b e r e i c h d e r M i t w i r k u n g s b e h ö r d e fallen [1]; denn keinesfalls hat der Gesetzgeber immer die Stellung der beteiligten Behörde soweit verselbständigt, daß auch im Falle einer positiven Mitwirkung für die Entscheidungsbehörde eine Bindung besteht.
Diese Unterschiedlichkeit zu der absoluten Bindung berechtigt dazu, den terminus " r e l a t i v e B i n d u n g " zu prägen, da die Entscheidungsbehörde hier nur an den negativen, nicht aber an den positiven Mitwirkungsakt gebunden ist.

So ergeben sich bei dieser Bindungsform folgende Möglichkeiten, die ebenfalls anhand kleiner Beispiele verdeutlicht werden sollen:

Die Entscheidungsbehörde B versagt von sich aus die Baugenehmigung, da durch das Bauvorhaben die Abwässeranlagen in Mitleidenschaft gezogen werden. Die Mitwirkungsbehörde A braucht nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt zu werden, mag dieses auch einer guten Verwaltungspraxis widersprechen.

A stimmt zu, B lehnt dennoch aus anderen Gründen ab. Die Baugenehmigung wird nicht erteilt.

A stimmt zu. B lehnt jedoch den Antrag des Bauwilligen eben aus den Gründen ab, deren Prüfung an sich der A obliegen; dieses ist bei einem nur relativ- bindenden Mitwirkungsakt möglich, da die

---

1) So vertreten vom BVwG zu § 9 Abs.2 BFstrG in Urteil v. 28.5.1963 - I B 28/61 - in DVBl. 1963, S.815 (siehe insbesondere S.817 unter 3a); ebenso zu § 9 Abs.2 BFstrG in Urteil v. 28.5.1963 - I C 99/59 - in LKT 1963,S.255 (insbesondere S.256); aus der Lit.: s. Friauf, DöV 1961,666 (S.669 unter III.)

durch die Beteiligung der A zu wahrenden Interessen nur dann berührt werden, wenn die B dem Baugesuch der Zivilperson befürwortend gegenübersteht. Die besonderen Belange aber werden von vornherein dann nicht tangiert, wenn die B, gleich aus welchen Gründen, ablehnen will.

3. Wechselseitige Bindung:

Schließlich sei noch auf die Fälle hingewiesen, wo eine Behörde nicht ohne die andere eine gemeinsame Entscheidung n a c h a u ß e n h i n treffen darf, und insofern bei der Willensbildung eine wechselseitige, unlösliche Bindung besteht. Daher darf eine Behörde sich nicht über die Meinung der anderen hinwegsetzen und die alleinige Entscheidungsbefugnis an sich reißen; vielmehr sind die zusammenwirkenden Behörden zu einer gemeinsamen Verwaltungsmaßnahme angehalten, für die sie n a c h a u ß e n h i n die g e m e i n s a m e V e r a n t w o r t u n g tragen.

§ 3. Zusammenfassende Einteilung der Mitwirkungsakte nach Intensität und Bindungswirkung:

Hält man sich diese Möglichkeiten des Gesetzgebers vor Augen, die Bindungswirkung der Mitwirkungsakte verschieden zu gestalten, so lassen sich die einzelnen Beteiligungsformen wie folgt systematisieren:

a) bindungslose Mitwirkungsakte

Zu den bindungslosen Mitwirkungsakten zählen in der Regel die informierenden und begutachtenden, da diese lediglich der Entscheidungsbehörde als Beurteilungsgrundlage für den zu erlassenden Verwaltungsakt dienen.

Ohne Bindung aber können unter Umständen auch die mitentscheidenden Mitwirkungsakte sein, sofern sich

dieses durch Auslegung der einzelnen Vorschrift ergibt . Dabei aber darf der Begriff " Bindungslosigkeit" nicht so verstanden werden, als habe die Entscheidungsbehörde überhaupt keine Verpflichtung, die beteiligte Behörde zur Mitwirkung heranzuziehen; dieser Bürde wird sie viel mehr immer dann unterliegen, wenn die einzelnen Mitwirkungsakte in einem G e s e t z oder in einer G e m e i n v e r o r d n u n g rechtlich zwingend verankert sind. Bindungslosigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang lediglich, daß die Entscheidungsbehörde i n h a l t l i c h nicht an die Auffassung der beteiligten Behörde gebunden ist, sie aber die Berechtigung hat, sich die vertretene Meinung zu eigen zu machen.

b. Bindende Mitwirkungsakte

1. Absolute und relativ bindende Mitwirkungsakte

Absolut oder relativ bindend können nur die mitentscheidenden Mitwirkungsakte sein. Das kann indes nicht als Grundsatz sondern nur als Regelfall gelten; denn ebensowenig wie der einzelne Mitwirkungsakt verallgemeinernde Rückschlüsse auf den Rechtscharakter erlaubt [1], kann für jeden Mitentscheidungsakt eine Bindung angenommen werden. Diese Tatsache liegt in der schon erwähnten Möglichkeit des Gesetzgebers begründet, je nach Sinn und Zweck der Beteiligung eine Bindung festzulegen und unterschiedlich zu gestalten.

2. Wechselseitige Bindung

Wechselseitig bindend können dagegen nur die gemeinsamen Mitwirkungsakte sein, da nur bei einem "gemeinsamen Handeln" eine Behörde nicht ohne die andere

1) siehe auch Stich in DVBl. 1963,S.193 (S.196 unter III) betreffs Einvernehmen und Zustimmung.

die Verwaltungsentscheidung treffen und nach außen hin vertreten darf.

c) Zusammenfassung:

Diese Einordnung nach Intensität und Bindung erlaubt eine aufzählende Zusammenfassung aller Mitwirkungsakte bei dem Zusammenwirken gleichgeordneter Behörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes. Man muß unterscheiden zwischen den
bindungslos - informierenden,
bindungslos - begutachtenden,
bindungslos - mitentscheidenden Mitwirkungsakten
und den
relativ-bindenden mitentscheidenden,
absolut- bindenden mitentscheidenden,
wechselseitig - bindenden gemeinsamen Mitwirkungsakten.

Kapitel III: Terminologische Fragen

§ 4: Der verwaltungsverbundene Verwaltungsakt

Die zahlreichen Mitwirkungsakte verlangen aber nicht nur eine sinnvolle Systematisierung nach ihrer Intensität und Bindungswirkung. Überdies muß auch ein terminologisch treffender Ausdruck für das E r g e b n i s dieser unter Mitwirkung einer anderen Behörde gefaßten Verwaltungsakte gefunden werden, um von vornherein die Besonderheit der Beteiligung mehrerer Behörden bei Erlaß dieses Verwaltungsaktes hervorzuheben; es soll also nicht der Mitwirkungsakt als solcher, sondern der durch das Zusammenwirken der beteiligten Behörden erlassene Verwaltungsakt der E n t s c h e i d u n g s b e h ö r d e terminologisch

gekennzeichnet werden.

Bei dieser Begriffsbildung kommt es besonders darauf an, allein das Kriterium des Zusammenwirkens zu verdeutlichen, ohne dabei die Intensität der Mitwirkung aufzuzeichnen; letzteres ergibt sich nämlich allein aus der Wahl des einzelnen Mitwirkungsaktes, und es hieße aufgrund der Vielfalt der Beteiligungsformen den hierfür zu findenden Ausdruck überfordern, wollte man zusätzlich noch andere Gesichtspunkte als allein die Tatsache des Zusammenwirkens mehrerer Behörden berücksichtigt wissen.

Im Schrifttum finden man die verschiedensten Begriffe, die zwar das Zusammenwirken mehrerer Behörden hervorzuheben versuchen, aber dennoch nicht voll befriedigen, da diese teils die Beteiligung z u w e n i g verdeutlichen, teils aber auch den Gesichtspunkt der Intensität der Mitwirkung z u s t a r k betonen, Das zeigt eine Aufzählung der bisherigen Begriffsprägungen: "gebundener", "zusammengesetzter", "mehrstufiger", "gemeinsamer" oder "mitwirkungsbedürftiger" Verwaltungsakt, "Gesamtakt" oder " duae conformes". Ausgeklammert werden muß wohl von vornherein die Wendung " mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt"[1], faßt man doch in Lit. und Rspr.im allgemeinen nur solche Verwaltungsakte darunter, die der Mitwirkung einer Z i v i l p e r s o n bedürfen, also der Beteiligung dessen, den sie unmittelbar angehen[2].

---

1) Siehe Clasen in NJW 1959, S.752 (754) mwN in Anm.3.
2) Vgl. Hans J.Wolff I, § 48 I.

So hieße es unnütze Verwirrung stiften, wenn man diesen Begriff erweitert und auch in einem anderen Zusammenhang verwendet [1].

Daher muß auch der Ausdruck " gebundener Verwaltungsakt" [2] abgelehnt werden. Zwar läßt dieser Begriff unter Umständen Rückschlüsse auf ein irgendwie geartetes Zusammenwirken zu, jedoch werden dadurch zu wenig die beteiligten Subjekte der Mitwirkung, eben die Verwaltungsbehörden, gekennzeichnet, zum anderen, - und das ist der Hauptgrund für die Ablehnung -, versteht man unter "gebundenen Verwaltungsakten" all die, die bei Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandes erlassen werden müssen [3].
Immer mehr Widerhall findet der terminus " mehrstufiger Verwaltungsakt" [4]. Sicherlich hebt das Wort "mehrstufiger" hinreichend das Zusammenwirken hervor, aber es erweist sich der Sache nach als irreführend, da durch die Wendung "mehr-s t u f i g " die Gleichgeordnetheit der beteiligten Behörden beim Zusammenwirken in Form der hier behandelten Mitwirkungsakte völlig verwischt wird. Im Gegensatz nämlich zu den auf Weisung ergehenden Verwaltungsakten stehen sich bei einer "Anhörung", "Zustimmung" oder einem "gemeinsamen Handeln" die Behörden in der Regel g l e i c h r a n g i g gegenüber, ohne daß die anhörungs- oder zustimmungsberechtigte Behörde aufgrund ihrer organisatorischen Stellung der Entscheidungsbehörde gleichsam befehlen könnte, nach ihrer

---

1) Ebenso ablehnend: Groebe in DVBl. 1959, S.757 (759) Anm. 38; Heitzer, Diss.jur. Mainz 1961, S.2; Kienapfel in DöV 1963, S.96 (96 unter 3); Großmann in Diss.jur.Heidelberg 1964, S.81.
2) Siehe Eyermann-Fröhler, VwGO § 42, Anm.57; ebenso Großmann in Diss.jur.Heidelberg 1964, S.81, der diesen terminus für Verwaltungsakte mit Zustimmungsvorbehalt für treffend erachtet.
3) Vgl. Hans J. Wolff I, § 47 III a.
4) s. auf S. 22.

Meinung zu handeln oder umgekehrt. Durch die Wahl des Wortes "mehr s t u f i g " aber könnte gerade der Eindruck entstehen, es handele sich nicht um Verwaltungsakte, die durch das Zusammenwirken mehrerer g l e i c h g e o r d n e t e r sondern ü b e r - und u n t e r g e o r d n e t e r Behörden erlassen werden. Ferner verleitet dieser Ausdruck "mehrstufiger Verwaltungsakt" auch dazu, an die sog. Zweistufentheorie zu denken, die eine verwaltungs- und eine privatrechtliche "Stufe" unterscheidet, nämlich wenn ein öffentlich-rechtlicher Akt (öffentlich-rechtliche Stufe) auf die Begründung oder Änderung privatrechtlicher Verhältnisse (privatrechtliche Stufe) gerichtet ist. [1) 2)] Ebenfalls die Wendungen " Gesamtakt" [3)], "duae conformes" [4)], " zusammengesetzter" [5)], "gemeinsamer" [6)], oder "gemeinschaftlicher" [7)] Verwaltungsakt befriedigen nicht. Mögen sie auch die Beteiligung mehrerer Verwaltungsbehörden hinreichend kennzeichnen, so haben diese Begriffsprägungen aber zugleich den Nachteil, zu starke Rückschlüsse auf die Intensität der Mitwirkung zuzulassen; muß man doch so annehmen, daß die zusammenwirkenden Behörden den Verwaltungsakt als Partner mit derselben V e r a n t w o r t u n g erlassen.

---

4) zu S.21: Vorgeschlagen von Menger in VwArch.5o (1959), S.395 (397); im Anschluß daran: Redecker-v.Oertzen, VwGO § 42, Anm.35; Schuegraf in DVBl. 1961, S.654 (655); Friauf in DöV 1961, S.666 (667); Kienapfel in DöV 1963, S.96 (96 unter 3).

1) Siehe zur Zweistufentheorie Hans J.Wolff I,§ 22

2) Ebenso ablehnend: Großmann,Diss.jur. /III f. Heidelberg 1964, S.81.

3) So anscheinend Forsthoff, Lehrbuch, S.334; auch Heitzer, Diss. jur. Mainz 1961,S.84; ebenso Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964,S.81, der den Begriff "Gesamtakt" zugleich abwandelt in "Gesamtverwaltungsakt".

4 - 7 s. Seite 23.

Das aber trifft mit Ausnahme der gemeinsamen Mitwirkungsakte für die übrigen nicht zu; vielmehr hat es der Gesetzgeber vor allem bei den informierenden und begutachtenden Beteiligungsformen in der Regel bei der Alleinzuständigkeit der Entscheidungsbehörde belassen.

Die Ablehnung dieser aufgezeichneten Wortwendungen zwingt nun dazu, einen neuen Begriff zu prägen, nicht um der Novität willen, sondern weil in der Tat die bisherigen Vorschläge als nicht glücklich erscheinen.

So wird in der Folge dieser Untersuchung die unter Mitwirkung einer anderen Behörde gefaßte Entschließung der Entscheidungsbehörde als "V E R - W A L T U N G S V E R B U N D E N E R" Verwaltungsakt bezeichnet, hat doch dieser Begriff den Vorteil, einmal durch die Silbe " v e r b u n d " das Zusammenwirken hervorzuheben, zum anderen aufgrund des Zusatzes "v e r w a l t u n g " die Subjekte der Beteiligung zu kennzeichnen [1].

---

4) Forts. zu S.22: So OVG Münster v. 8.9.1953 betreffs § 12 RAnwO BrZ in NJW 1954, S.526 (528) im Anschluß an Cüppers in NJW 1949, S.363 (364 unter II 1).

5) So OVG Lüneburg v. 10.1.1957 betreffs § 9 Abs.2 BFstrG in VwRspr. 10, S.987)989) + DVBl.1958, , S.138 (139); im Anschluß daran auch Groebe in DVBl. 1959, S.757 (759); Heitzer,Diss.jur. Mainz 1961, S.2; ablehnend: Kienapfel in DöV 1963,S.96 (96 unter 3); Großmann, Diss.jur. Heidelberg 1964, S.81.

6) So Schuegraf in DVBl. 1961, S.654 (655, 657), der auch den Terminus "mehrstufiger VA" gebraucht.

7) Siehe VGH München v. 5.7.1956 betreffs § 49 KWG in BayVBl.1956, S.313 (315) unter I 2 c.

1) Anregung zu dieser Begriffsprägung hat der Begriff "Verwaltungsverbund" gegeben; s. Wolff II, § 77 V.

Abschnitt I, Kapitel IV

Das Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes:

Es ist notwendig, nicht nur die einzelnen F o r m e n der Mitwirkung aufzuzeichnen und zu systematisieren, sondern auch zu klären, w e l c h e B e h ö r d e n beim Erlaß eines Verwaltungsaktes zusammenwirken können.

Dieses Erfordernis liegt in den Bestimmungen des Grundgesetzes begründet.

Nach Art. 2o (1) GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein B u n d e s staat. Es liegt im Wesen dieser Staatsform, daß die Verwaltungsräume von Bund und Ländern getrennt und die Verwaltungsverantwortung gegeneinander abgegrenzt sind [1]. Diese Trennung hat das Grundgesetz vollzogen und in der Regel den Ländern die Ausführung von Bundesgesetzen zugesprochen [2]; um diese Abgrenzung im einzelnen zu gewährleisten, hat der Verfassunggeber die Gesetzesausführung auf drei Verwaltungstypen beschränkt:

(a) Die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder als eigene Angelegenheit in Art.83,84 GG; das ist der R e g e l fall.

(b) Die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder im Auftrage des Bundes in Art.85,89,9o GG, die sogen. Bundesauftragsverwaltung.

(c) Die Ausführung von Bundesgesetzen durch den Bund in Art. 86 ff. GG, die sog. Bundeseigenverwaltung.

---

1) Siehe Füßlein in DVBl.1956, S.1 (2 unter III).

2) Die Ausführung von bundesgesetzen umfaßt naturgemäß vor allen Dingen den Erlaß von Verwaltungsakten - siehe auch Weingart, Diss.jur.,Würzburg 196o, S.29 mwN in Anm.8o.

Andere Verwaltungstypen und Abweichungen von den grundgesetzlichen Bestimmungen sind aufgrund dieses numerus clausus der im Grundgesetz vorgesehenen Verwaltungstypen nicht erlaubt [1].

Aufgrund dieser im Grundgesetz aufgezeichneten Regel der strengen Abgrenzung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern ist regelmäßig ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes verfassungsrechtlich unzulässig. Damit erübrigte sich zugleich, den Rechtscharakter der Mitwirkungsakte in solchen Bestimmungen zu untersuchen, in denen Bundes- und Landesbehörden derart zusammenwirken, weil diese gesetzlichen Vorschriften möglicherweise wegen unzulässiger Mischverwaltung [2] verfassungswidrig sind; vielmehr brauchte man den Rechtscharakter nur bei den Regelungen nachzuprüfen, in denen ein Zusammenwirken auf h o r i z o n t a l e r Ebene von einer Bundes- mit einer anderen Bundesbehörde bezw. von einer Landes- mit einer anderen Landesbehörde vorgesehen ist, da dann die klare Trennung der Verwaltungsräume in jedem Fall gewahrt bleibt und deshalb keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken entstehen können. Jedoch hat der Gesetzgeber zahlreiche Gesetze geschaffen, in denen er ein solches Zusammenwirken vorsieht [3]; darüber hinaus

---

1) Lediglich das GG selbst sieht solche Abweichungen vor, z.B. Art.85 (2) 3; siehe wN bei Füßlein in DVBl. 1956, S.1 (2 unter III).

2) Diesen Ausdruck hat wohl Rohwer-Kahlmann in AöR Band 79,S.223 zuerst geprägt; siehe zu der Entstehungsgeschichte dieses terminus Darmstadt,Diss.jur. Münster 1961, S.14, Anm.1 und 2.

3) Z.B.: § 13 (1) ZHG v. 31.März 1952 (BGBl. I,S.221)- Widerspruch der BReg. zum Erlaß eines VA einer Landesbehörde; § 53 (3) Güterkraftverkehrsgesetz v. 17.Oktober 1952 (BGBl.I,S.697), in der durch die Änderungsgesetze v. 3.6.1957 (BGBl.I, S.593) und vom 26.Juni 1959 (BGBl. I, S.399) geänderten Fassung- Einvernehmen der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr mit den jeweils zuständigen obersten Landesbehörden; zahlreiche wN bei Darmstadt,Diss.jur.,S 77 ff Anm. 7 -13; 17-23; S.94/95,Anm.18-2o.

hinaus bestehen vorkonstitutionelle Gesetze, die ebenfalls eine solche Mitwirkung beinhalten [1]; selbst das Grundgesetz hat, wie bereits erwähnt [2], in einigen Fällen die scharfe Trennung und Abgrenzung des Verwaltungsbereiches von Bund und Ländern durchbrochen. Das zwingt dazu, im einzelnen zu untersuchen, o b und w e n n, in w e l c h e m Umfang das Grundgesetz trotz der aufgezeichneten verfassungsrechtlichen Bedenken ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes erlaubt [3].

§ 5. Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten

Wollte man entgegen der Entscheidung des Grundgesetzes die Möglichkeit gemeinsamer Mitwirkungsakte bejahen, so könnten eine Bundes- und eine Landesbehörde beim Erlaß eines Verwaltungsaktes n a c h a u ß e n h i n g e m e i n s a m auftreten. Das bedeutete zugleich die vollständige Aushöhlung der im Grundgesetz verankerten Abgrenzung der Bundes- und Länderverwaltung. Deshalb ist eine derartige Misch- bezw. Gesamthandsverwaltung [4] in Form der gemeinsamen Mitwirkungsakte verfassungsrechtlich nicht zulässig ist [5].

---

1) Z.B. § 3 der VO über die deutsche Staatsangehörigkeit v. 5.Februar 1934 - Zustimmung des BMdI zu VA der zuständigen Landesbehörde.
2) siehe S. 24 und dort Anm.2.
3) Dieses verfassungsrechtliche Problem kann indes n i c h t in v o l l e r Breite abgehandelt werden, da sonst der Rahmen dieser Untersuchung gesprengt würde; vielmehr sei insbesondere auf Darmstadt, Diss.jur.Münster 1961 verwiesen.
4) Dieser Ausdruck stammt von Köttgen in DöV 1955,S.485 (487).
5) So auch Maunz-Dürig,Art.83, Rdnr.83; ebenso Maunz in Festschrift f. Nawiasky,S.255(266/67); Hamann unter Punkt 7 zu Art.83; Gerner in BayVBl.1955,S.193(195); Rohwer-Kahlmann in AöR Bd.79,S.2o8 (223); Köttgen in DöV 1955, S.485 (487/488); Füßlein in DVBl. 1956,1 (unter I); Kratzer in DöV 195o, S.529(534); Katzenstein in DöV 1958,S.593 (6o2 unter Punkt 2o); Sievers in NJW 1957, S.441 (443 unter II); Darmstadt,Diss. jur.Münster 1961, S. 31 mwN.

§ 6 Bei den mitentscheidenden Mitwirkungsakten

Mannigfaltig sind dagegen die Versuche in der Literatur, Mitentscheidungsakte des Bundes oder eines Landes zum Erlaß eines Bundes- oder eines Landesverwaltungsaktes aus dem Grundgesetz herzuleiten.

a) Mitentscheidungsakte im Rahmen des Art.84 Abs.5 GG

Insbesondere haben KRATZER [1], KÖTTGEN [2], HAMANN [3] und HEITZER [4] versucht, das in Art.84 Abs.5 GG dem Bund zustehende Weisungsrecht in Zustimmungs-, Einvernehmens-, Widerspruchs- oder Einspruchsakte umzugestalten, DARMSTADT hat indes überzeugend die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit nachgewiesen, da die aufgeführten Mitwirkungsakte dem Weisungsrecht gegenüber sich als ein a l i u d darstellen [5].

b) Mitentscheidungsakte im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung

Zweifelhafter aber erscheint die Verfassungswidrigkeit von Mitentscheidungsakten der Länder im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung; kann sich doch der Bund möglicherweise in seiner eigenen Zuständigkeit selbstbeschränken.

aa) Art. 86 GG regelt den Verwaltungstyp der bundeseigenen Verwaltung. Während bei der landeseigenen Verwaltung in Art.84 GG und auch bei der sog. Bundesauftragsverwaltung Landesverwaltung

---

1) Kratzer in BayVBl. 1958, S.74 (75 unter 2 b)
2) Köttgen in DöV 1955, S. 485 (488/89).
3) Hamann, Art.83 GG, Anm. B 7.
4) Heitzer, Diss.jur.Mainz 1961, S.77.
5) s. auf S.28.

mit den im Grundgesetz aufgeführten Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes vorliegt, beinhaltet Art. 86 GG eine ausschließliche B u n d e s zuständigkeit [1].

Insofern liegt in Art. 86 GG eine Abweichung von Art. 83 GG vor, der eine Vermutung zugunsten des Verwaltungstyps der l a n d e s eigenen Verwaltung enthält [2].

Bejaht man nun die Möglichkeit des Bundes, im Rahmen seiner Verwaltung die Länder in Gestalt der mitentscheidenden Mitwirkungsakte beim Erlaß eines Verwaltungsaktes unter der Voraussetzung zu beteiligen, daß ihnen dadurch keine rechtlichen Belastungen entstehen, so wird damit die Abweichung von Art. 83 GG a b g e s c h w ä c h t , und zugleich liegt darin eine A n n ä h e r u n g an die Regel des Art. 3o GG, wonach " die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der L ä n d e r ist". Diese den Ländern sehr förderliche Selbstbeschränkung des Bundes kann allerdings nur bejaht werden, sofern damit keine Durchbrechung des im Grundgesetz festgelegten Typenzwanges verbunden ist und die scharfe Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern nicht verwischt wird.

---

5) zu S.27: Darmstadt, Diss. jur.1961, S. 61-7o mwN auf S. 67, Anm. 27 - 31; darüber hinaus ablehnend Füßlein in DVBl. 1956, S.1 (S.3 unter III); Maunz-Dürig, Art. 83 Rdnr. 61, die jegliches Zusammenwirken in Form der Mitentscheidungsakte von Bund und Ländern verneinen.

1) siehe Maunz-Dürig, Art.86 Rdnr. 4 Punkt a.
2) siehe Maunz-Dürig, Art. 83, Rdnr. 44.

Vor allem letzteres wird aber nicht eintreten, Sinn und Zweck der Abgrenzung der Verwaltungsräume ist es nämlich, die verwaltungsmäßige Eigenständigkeit der Länder zu garantieren; insbesondere soll dem Bund damit verwehrt sein, durch eine Einmischung in die landeseigene Verwaltung unmittelbaren Einfluß auf diese zu nehmen und durch die damit verbundene Beschneidung der Landesverwaltung die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland aufzuweichen. Beschneidet sich indes der Bund selbst durch eine derartige Mitwirkung der Länder in seinem Verwaltungshandeln, so ermöglicht er diesen zusätzlich eine ihnen vom Grundgesetz nicht zustehende Einflußnahme. Das bedeutet zugleich
eine Stärkung der Stellung der Länder,
dadurch bedingt ein Festigen der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik Deutschland, und
ein Annähern der in Art. 30 und 83 GG festgelegten Regel der Landeszuständigkeit.

Damit aber verliert der Einwand, durch eine Beteiligung der Länder im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung verwischten sich die Grenzen der Verwaltungsräume von Bund und Ländern, seine Stichhaltigkeit, fördert doch eine derartige Selbstbeschränkung gerade die Ziele, denen das Prinzip der scharfen Trennung der Verwaltungsräume dient, nämlich den Bestand der verwaltungsmäßigen Eigenständigkeit der Länder zu garantieren [1].

---

1) Dagegen können die Länder den Bund nicht durch eine Selbstbeschränkung in Form der Mitentscheidungsakte beteiligen, da dann gerade die entgegengesetzten Folgen der oben aufgezeichneten Gesichtspunkte eintreten; ebenso Darmstadt, Diss. jur. Münster 1961, S. 57-76 mwN.

Überdies bedeutet eine so geartete Selbstbeschränkung des Bundes auch kein Abweichen von dem im Grundgesetz festgelegten Typenzwang der bundeseigenen Verwaltung, da letzthin der B u n d den Verwaltungsakt erläßt, das zuständige Land dagegen lediglich in Form der Mitentscheidungsakte beteiligt ist; insofern bleibt also das Verwaltungshandeln weiterhin b u n d e s e i g e n e Verwaltung [1].

Aufgrund dieser Überlegungen muß man die verfassungsrechtliche Möglichkeit bejahen, die Länder im Rahmen der b u n d e s e i g e n e n Verwaltung in Form der mitentscheidenden Mitwirkungsakte beim Erlaß eines Verwaltungsaktes durch den Bund zu beteiligen [2].

c) Mitentscheidungsakte im Rahmen stillschweigender Verwaltungszuständigkeiten des Bundes

Dasselbe muß gelten, wenn der Bund eine bestimmte Verwaltungszuständigkeit s t i l l s c h w e i g e n d wahrnehmen kann.
Zwar kann der Bund, und damit sind insbesondere die obersten Bundesbehörden gemeint, in der Regel nur Verwaltungsakte erlassen, sofern das Grundgesetz dazu ausdrücklich ermächtigt, aber er darf stillschweigend Verwaltungstätigkeit ausüben, wenn sich eine derartige Zuständigkeit aus den Vorschriften des geschriebenen Verfassungsrechts ableiten läßt (Ableitungsfrage), und das Grundgesetz die Wahrnehmung dieser abgeleiteten, nicht ausdrücklich

---

1) Vgl. Füßlein in DVBl. 1956, S.1 (2 unter III).

2) Ebenso: Gerner in BayVBl. 1955, S.193 (S.194 unter 2 b); Köttgen in DöV 1955, S.485 (490).

genannten Verwaltungszuständigkeit oberster Bundesbehörden als zulässig erachtet (Zulässigkeitsfrage).

1. Ableitung

Eine stillschweigende Verwaltungszuständigkeit des Bundes läßt sich allerdings nur aufgrund r e c h t l i c h e r Erwägungen ermitteln [1], andere Gesichtspunkte, insbesondere Zweckmäßigkeits- und rechtspolitische Argumente können nicht als Rechtsgrundlage dienen [2].
Daher kann nicht angeführt werden, der Bund dürfe schon deshalb Verwaltungstätigkeit ausüben, weil er bestimmte Materien besser überschauen [3] oder schneller entscheiden könne [4], das Interesse an der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit dazu zwinge [5], eine einheitliche Regelung besser sei [6], oder der Erlaß eines Verwaltungsaktes durch den Bund nachhaltigere Wirkungen zeitige [7] insbesondere,weil

---

1) so ausdrücklich das Protokoll des BRt vom 23. Juli 1954, 127.Sitzung, S.214.
2) ebenso ablehnend: Maunz-Dürig, Art.83 Rdnr. 31; Rietdorf in Anm. zu Urteil des OVG Münster vom 27.November 1957 in DöV 1958, S.185 (186/187); Schmitt-Lermann in DöV 1962, S.667 (674 unter V, 1); v.Strahlenheim in SVw 1950, S.281 (282); Katzenstein in DöV 1958, S.593 (602 unter 18); BVerfG, Beschluß v. 15.3.1960 in E 11,6 (18 unter II, 3) = BayVBl 1960, S.249 (250); OVG Münster v. 27.11.1957 ebenda S.186.
3) so aber Ipsen in DöV 1956, S.193 (198 unter C,2 d)
4) so aber das Schreiben des BMdI an den BRt, Anlage zum Sitzungsbericht der 127.Sitzung des BRt vom 23.Juli 1954.
5) so aber Ipsen in DöV 1956, S.193 (198 unter C,2d); Füßlein in DVBl. 1951, S.33 (33, insbes.Anm.2).
6) so aber OLG Köln v. 9.4.1954 in NJW 1954,S.893 (894) = MDR 1954, S.500 (502); DöV 1954,S.507; Gutachten des BMdI, zitiert im Urteil des OVG Münster v. 25.1.1956 in NJW 1956, S.1252 (1253 unter 4 b).
7) so aber Ipsen in DVBl. 1957, S. 322 (322).

sonst die Gefahr widersprechender Entscheidungen [1] oder aber die Gefahr des gegenseitigen Ausspielens der Länder zu groß sei [2].

Ableitung einer stillschweigenden Verwaltungszuständigkeit des Bundes aus den Vorschriften des Grundgesetzes.

Kommen all die angeführten Erwägungen nicht in Betracht, so kann eine stillschweigende Verwaltungszuständigkeit oberster Bundesbehörden nur anhand der Vorschriften des G r u n d g e s e t z e s s e l b s t mit Hilfe der Rechtsgewinnungsmittel der Allgemeinen Rechtslehre, also mit Hilfe der Auslegung und Rechtsergänzung, ermittelt werden, da nur das Grundgesetz eine Richtschnur für das Verhältnis von Bund und Ländern in seinen Bestimmungen enthält.

So wird der Versuch unternommen, durch eine Auslegung des Art. 83 GG eine überregionale, nicht ausdrücklich genannte Zuständigkeit des Bundes immer dann zu begründen, wenn ein Verwaltungsakt über die Grenzen eines Landes hinauswirkt und im gesamten Bundesgebiet gilt [3].

Träfe dieses zu, so bliebe den Ländern nur die Ausführung solcher Bundesgesetze in eigener Verantwortung vorbehalten, die bei Vollzug in ihrer Wirkung auf das Landesgebiet beschränkt sind.
Eine solche Interpretation ist aber vor allem deshalb nicht möglich, weil, wie WEINGART zu Recht

---

1) so aber das Schreiben des BMdI an den BRt -Anlage zum Sitzungsbericht d.127.Sitzung d.BRt vom 23. Juli 1954.
2) wie Anm. 1.
3) so das Gutachten des BMdI, zitiert in der Urteilsbegründung des OVG Münster v. 25.1.1956 in NJW 1956, S.1252 (1253); Ipsen in DöV 1956,S.193 (198/199); Füßlein in DVBl. 1951, S.33 (35); Denecke in JR 1951, S.577 (578); OLG Köln v.9.4. 1954 in NJW 1954, S.893 (894); vgl. ebenfalls den Entwurf zu einem neuen Vereinsgesetz, BT-Druck-

betont, " der normale Wirkungsbereich eines Verwaltungsaktes mit dem Geltungsbereich des Gesetzes identisch ist, aufgrund deren dieser erlassen ist [1], und insofern jeder beim Vollzug eines Bundesgesetzes ergehende Verwaltungsakt im gesamten Bundesgebiet gilt [2]. Wollte man hingegen eine Verwaltungszuständigkeit durch eine derartige Auslegung des Art. 83 GG begründen, so wird damit diese Bestimmung sinn- und zweckentfremdend in ihr Gegenteil verkehrt [3] [4].

---

3) Forts. zu S.32:
sache Nr. 430, 4.Wahlperiode; ebenso der Entwurf eines Parteiengesetzes BT-Drucksache Nr. 1509, 3.Wahlperiode.

1) siehe Weingart, Diss.jur. 1959, S.12 u.84,Anm. 240; derselbe in BayVBl 1960, S.174 (175).

2) siehe BVerfG, Beschluß v. 15.3.1960 in E 11,6

3) Ebenso ablehnend: Kratzer in BayStAnz., /(19) . v. 19.11.1949, Nr. 46 unter B III 3; derselbe in BayStAnz. v. 1.4.1950, Nr. 13 unter B III; derselbe in AöR 77, S.270, Anm.4; W.Jellinek in DVBl. 1955, S.47 (48); Rietorf in DöV 1958, S. 185 (187) in Anm. zu dem Urteil des OVG Münster v. 27.11.1957; Weingart in BayVBl. 1960, S.174 (175); Hamann in Art.83 unter B 5; Schmitt-Lermann in DöV 1962, S.667 (674); BVerfG, Beschluß vom 15.3.1960 in E 11,6 (19) = BayVBl 1960, S.249 (250); ebenso im Fernsehurteil vom 28.2.1961 in E 12, 205 (251).

4) Auf die weiteren Versuche, eine überregionale, stillschweigende Verwaltungszuständigkeit des Bundes aus einer analogen Anwendung des Art.72 Abs.2 Ziff. 1 - 3 GG herzuleiten (so aber der Erlaß des BWiM vom 11.12.1949 über die Wahrnehmung der Befugnisse nach dem Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, BAnZ v. 13.12.1949, Nr.35, Titelblatt, Spalte 1; Jensen in JR 1954,S.406 (407);-ablehnend: v. Strahlenheim in SVw 1950, S.281 (283); Füßlein in DVBl. 1951, S.33 (34 unter III); Schneider in DVBl. 1950, S.702 (705); Classen in NJW 1950, S.525 (526 unter VI) Ipsen in DöV 1956, S.193 (198); Weingart, Diss. jur.Würzburg 1960, S.107, oder aber durch Rechtsergänzung des Art. 87 Abs.3 S.1 GG zu begründen Forts. S.33 a.

(so aber Huber in Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 326/327 - ablehnend: Kratzer in BayStAnz.1950 unter III 1 a; Füßlein in DVBl. 1951, S.33 (34 unter III); Weingart in BayVBl 1960, S.174 (175); Schmitt-Lermann in DöV 1962, S.667(672 unter IV 2), oder aber aus Art. 87 Abs.1 GG abzuleiten (so aber v.Turegg in NJW 1951, S.868 unter I; im Anschluß daran OLG Köln in NJW 1954, S.893 (895) - dagegen; vor allem Schmitt-Lermann in DöV 1962, S.667 (672), sei nicht eingegangen, da diese Vorschläge durch die zahlreichen Argumente in der angeführten Lit. als hinreichend widerlegt angesehen werden können; überdies würde eine Prüfung auch dieser Vorschläge den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; vielmehr geht es dem Verfasser einzig und allein darum darzulegen, daß, w e n n e s e i n e s t i l l - s c h w e i g e n d e V e r w a l t u n g s - z u s t ä n d i g k e i t des B u n d e s g i b t , im Rahmen auch dieses Bereiches M i t - e n t s c h e i d u n g s -akte möglich sind.

Der Bund aber besitzt möglicherweise eine Verwaltungszuständigkeit, die stillschweigend in einer ausdrücklich verliehenen impliziert und durch Auslegung zu ermitteln ist. Eine solche wird überwiegend in der Lehre und in der Rechtsprechung als "Zuständigkeit kraft Sachzusammenhanges" bezeichnet und dann angenommen, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugesprochene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene mitgeregelt wird. [1] Allerdings ist der Begriff "kraft Sachzusammenhanges" ebenso wie der Terminus "kraft Natur der Sache" zu unbestimmt, da nach H.J.WOLFF [2] "das eigentlich Rechtliche nicht zum Ausdruck kommt", vor allen Dingen aber deshalb, weil diesem statischen Begriff jegliches normative Element fehlt, und er daher nicht als Rechtsquelle gewertet werden kann; vielmehr ist Rechtsgrundlage für eine derartige Zuständigkeit nicht der Sachzusammenhang, sondern die ausdrückliche verfassungsrechtliche Bestimmung selbst, aus der sich die implizierte ergibt. Daher bezeichnet E. KÜCHENHOFF zu Recht diese Zuständigkeit als eine "stillschweigend impliziert (mit-)geschriebene" [3]. Daß eine so enge Verknüpfung zweier Materien t h e o r e t i s c h denkbar ist, dürften auch die Gegener dieser Lehre nicht bestreiten können; indes wird der Versuch einer solchen Ableitung aus mehr oder weniger "p r a k t i s c h e n" Erwägungen scheitern, läßt sich doch aus den dem Bund im Grundgesetz zugewiesenen Verwaltungszuständigkeiten in Art.87 ff. GG keine derart eng verknüpfte Materie ermitteln.

---

1) s. BVerfG, Rechtsgutachten v. 16.6.1954 in E.3, 407 (421).
2) siehe H.J.Wolff, Rechtsgrundsätze, S.47.
3) E.Küchenhoff in AöR Band 82 (1957), S.413 (451).

Des weiteren versucht man aber in der Literatur eine stillschweigende Verwaltungszuständigkeit des Bundes "aus der Natur der Sache" [1] oder, konkreter gefaßt, "aus dem Wesen des Bundesstaates" [2] abzuleiten und geht von der Überlegung aus, daß mit jedem Bundesstaat auch ein überregionaler Verwaltungsbereich entstehe, "in dem die Verwaltungshoheit und damit die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten nur dem Bund selbst zustehen kann, "sei es, daß bestimmte Angelegenheiten über ein einzelnes Bundesland hinausgreifen, oder aber Personen oder Sachen ohne irgendeine Beziehung zu einem Land betreffen [3]. Selbst MAUNZ hält solche Einzelfälle für möglich [4].
Allerdings kann der Begriff " kraft Natur der Sache" aus den schon oben genannten Gründen [5] nicht gebilligt werden; vielmehr kommen, wie E.KÜCHENHOFF [6] im Anschluß an H.J.Wolff [7] überzeugend nachgewiesen hat, als Rechtsgrundlage für eine solche Zuständigkeit nur die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen für den Bundesstaat in Betracht, da diese Rechtsquellen sind, die aus den Rechtssätzen des geschriebenen Verfassungsrechts ausdrücklich oder im Wege des Rückschliessens erkennbar sind [8].

---

1) Dieser Terminus wird auch in der Rspr.gebraucht: siehe BVerfG in E 11,89 (99); ebenso in NJW 1961, S.547 (55o); OVG Hamburg in DVBl. 196o, S. 643 (644) = DöV 1961, S.111 (112).
2) zahlreiche Nachweise siehe E.Küchenhoff in DVBl. 1951, S.585 (586 Anm.1o-2o).
3) siehe v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz,Art.83 unter 2.
4) siehe Maunz-Dürig, Art.83,Rdnr. 31.
5) siehe oben, S. 34.
6) E.Küchenhoff in AöR 82 (1957), insb.S.457-46o.
7) H.J.Wolff, Rechtsgrundsätze, insbes.S.47-52.
8) siehe E.Küchenhoff in AöR 82 (1957), S.461.

Solche Rechtssätze enthält das Grundgesetz in zahlreicher Form, zum Beispiel in Art. 2o, 28, 79 Abs.3 sowie in verschiedenen Einzelvorschriften: Art. 12 Abs. 2 S. 2; 87 bis 9o, 1o8 GG [1].

Bilden diese in den angeführten Bestimmungen erkennbaren verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen für den Bundesstaat die Rechtsgrundlage für eine solche stillschweigende Verwaltungszuständigkeit, so ist darüber hinaus zu klären, wann und in welchen Grenzen eine solche anzunehmen ist, da sonst der Bund schrankenlos vermeintliche Zuständigkeiten in Anspruch nehmen kann. E.KÜCHENHOFF führt als qualifizierendes Merkmal die Evidenz der Höherwertigkeit des Bundesinteresses an solchen Verwaltungszuständigkeiten vor den Gliedstaaten an und bezeichnet diese deshalb als "stillschweigend e v i d e n t (mit-)geschriebene" [2]. Aber auch die Argumentation von ANSCHÜTZ zur rechtlichen Begründung einer überregionalen Bundeszuständigkeit kann zur Grenzziehung beitragen, wonach der Bund immer dann zuständig ist, wenn eine Angelegenheit "a priori der partikularen Zuständigkeit der Länder entrückt ist und deshalb vom Bund und nur von ihm geregelt werden kann" [3]. Beide Meinungen laufen letzthin auf dasselbe Ergebnis hinaus, da die Höherwertigkeit des Bundesinteresses eben nur dann evident ist, wenn es sich a priori um eine der partikularen Länderzuständigkeit entrückte Angelegenheit handelt; insofern sind beide Auffassungen anwendbar und auch zu gebrauchen, da sie

---

1) wN siehe v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3o, Anm. III 2 c.
2) E.Küchenhoff in AöR 82 (1957), S.46o u.478.
3) siehe Anschütz in HdbDStR I, S.367 mit Anm.1o,§ 32.

hinreichend den Bund in seinem Verlangen, stillschweigende Verwaltungszuständigkeiten wahrzunehmen, beschränken.

2. Zulässigkeitsfrage

Diese aus dem geschriebenen Verfassungsrecht anhand der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen für den Bundesstaat abzuleitenden und auch hinreichend abzugrenzenden überregionalen Verwaltungszuständigkeiten oberster Bundesbehörden kann der Bund indes nur in Anspruch nehmen, sofern das Grundgesetz dieses zuläßt [1].
Ganz abgesehen von der Notwendigkeit einer elastischen Verfassungsinterpretation gibt das Grundgesetz selbst einen Hinweis auf die Zulässigkeit einer stillschweigenden Verwaltungszuständigkeit des Bundes, wenn es in Art. 3o und 83 den Zusatz bringt: Die Länder erfüllen die staatlichen Aufgaben, "soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt o d e r z u l ä ß t ".

Zwar bezeichnet BULLINGER [2] den Hinweis auf diesen Nebensatz in Art.3o und 83 GG " oder zuläßt" als "konturenlose Argumentation". Trotzdem aber kann man, wie ACHTERBERG [3] überzeugend nachgewiesen

---

1) Verständlicherweise kann auch die Zulässigkeitsfrage im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingehendst behandelt werden; s. hierzu Achterberg, in AöR 86 (1961), 63 (79 -88 unter III), der sich ausführlich mit dem Für und Wider auseinandersetzt.
2) Bullinger in JuS 1964, S. 228 (231).
3) s. Achterberg in AöR 86 (1961), (insbes. S.79 bis 88 unter III mwN).

hat, aufgrund dieses ausdrücklichen Nebensatzes die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer stillschweigend evident (mit-)geschriebenen Verwaltungszuständigkeit des Bundes nicht ausschließen [1]. Daher muß man die Möglichkeit für den Bund bejahen, eine solche Zuständigkeit wahrzunehmen.
Auf diesem Verwaltungsbereich kann er sich im Einzelfall zugunsten der Länder in seiner administrativen Tätigkeit selbst beschränken und diese in Gestalt der Mitentscheidungsakte bei seinem Verwaltungshandeln beteiligen, oder aber das Verwaltungshandeln den Ländern belassen und sich selbst eine Mitentscheidung vorbehalten; hat sich doch erwiesen, daß gegen eine solche Selbstbeschränkung weder der Einwand der strengen Abgrenzung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern noch das Argument der unzulässigen Durchbrechung des numerus clausus der im Grundgesetz aufgezeichneten Verwaltungstypen durchgreifen. Vielmehr verbindet sich damit eine Stärkung der Stellung der Länder, dadurch bedingt eine Stärkung der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik Deutschland und eine Annäherung der in Art.83 GG festgelegten Regel der Landeszuständigkeit [2].

---

1) So hat z.B. auch der Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen auf Herren-Chiemsee eine solche Verwaltungszuständigkeit des Bundes für zulässig erachtet. - s.Bericht über den Verfassungskonvent auf Herren-Chiemsee v. 1o.bis zum 23.8. 1948, München 1948, S.29; vgl. aber auch Ringgalmann in Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, S. 24 f.

2) Zur Verdeutlichung dieser Gedankengänge sei auf die Vorschrift des § 3 der VO über die Deutsche Staatsangehörigkeit v. 5.2.1934 hingewiesen, nach der der BMdI bei der Verleihung der Deutschen Staatsangehörigkeit durch eine Landesbehörde seine Zustimmung geben muß.
Zwar handelt es sich in diesem Fall um vorkonstitutionelles Recht; das berührt indes nicht die verfassungsrechtliche Problematik dieser Bestimmung. Forts. S.39.

d) Kurze Zusammenfassung

So ist für das Zusammenwirken von Bund und Ländern in Form der mitentscheidenden Mitwirkungsakte folgendes zu sagen:
Der Bund kann im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung seine Verwaltungskompetenz beschneiden und den Ländern eine Mitentscheidung einräumen. Darüber hinaus ist dieses nur bei einer stillschweigend evident (mit)geschriebenen Verwaltungszuständigkeit möglich. Umgekehrt dürfen die Länder im Rahmen ihrer Verwaltung sich nicht in ihrem Verwaltungshandeln selbst beschränken und womöglich dem Bund eine Mitentscheidung vorbehalten, da dann die strenge Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise verwischt werden würde.

---

2) Forts. zu S.38:
Die Einbürgerung vermittelt einen Rechtsstatus, "über dessen Erlangung auch gegen den Willen des Bundes zu bestimmen über den Bereich der eigenen Angelegenheiten eines Landes hinausgeht "(vgl. OVG Hamburg v. 27.5.1960 in DöV 1961, S.111 (112) = DVBl. 1960, S.643 (645); insofern ist die Einbürgerung eine Angelegenheit, die a priori der partikularen Zuständigkeit eines Landes entrückt ist; dennoch aber besitzt der Bund lediglich ein Zustimmungsrecht.
Deshalb führt das OVG Hamburg in der angeführten Entscheidung zu Recht aus: " Ist die Einbürgerung daher in diesem besonderen Sinn ein Hoheitsakt überregionaler Natur, d e n s e l b s t z u e r l a s s e n der B u n d a u s u n g e s c h r i e b e n e r B u n d e s k o m p e t e n z b e f u g t s e i n k ö n n t e, so bedeutet die Inanspruchnahme nur des Zustimmungsvorbehaltes gegenüber der vollen Entscheidungskompetenz selbst ein m i n u s , dessen vorkonstitutionelle Normierung in § 3 der VO von 1934 als mit dem GG vereinbar und daher fortgeltend anzusehen ist." Hier liegt also in Wahrheit eine stillschweigend evident (mit)geschriebene Verwaltungszuständigkeit des Bundes vor, wo dieser jedoch lediglich auf das minus des Zustimmungsvorbehalts in seiner Vwkompetenz beschränkt geblieben ist.

§ 7: Bei den begutachtenden Mitwirkungsakten

Verfassungsrechtlich unbedenklich ist das Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden in Form der begutachtenden Mitwirkungsakte, da die jeweils handelnde Verwaltungsbehörde regelmäßig die freie Entscheidungsbefugnis behält [1]. Sie ist lediglich gezwungen, vor Erlaß des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes die gutachtliche Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde einzuholen, hinreichend zu bedenken und zu berücksichtigen. Daher bedeutet eine solche Mitwirkung z.B. in Form des Benehmens oder des Anhörens keine Schmälerung der Bundes- oder Landeshoheit; auch bleibt die strenge Abgrenzung der Verwaltungsräume gewahrt.
So entspricht diese Form des Zusammenwirkens nach KÖTTGEN [2] "dem im Begriff des Bundesstaates gegebenen Grundsatz einer schlichten Zusammenarbeit, den das Grundgesetz im Fall der Amtshilfe ausdrücklich bestätigt hat" [3].

---

1) Beispiele: § 13 Abs.1 ZHG v. 31.3.1952 (BGBl. I, 221) im Benehmen handeln; § 4 ZuckerG v. 5.1.1951 (BGBl. I, S.47) "Benehmen"; § 11 Abs.1 des Gesetzes zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaus im Kohlenbergbau v. 24.1o.1951 (BGBl. I,S.865) nach Beratung handeln; Erlaß des BM für Wirtschaft betr. Wahrnehmung der Befugnisse nach dem Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (EWiG v. 13. 12.1935 - RGBl.I 1451 i.d. F.v. 19.7.1941 -RGBl. I, S.467 - in BAnz Nr. 35 v. 13.12.1949,Titelbl. Sp.I unter I - " sich ins Benehmen setzen" wN s. Darmstadt, Diss. jur. 1961, S.94/95 Anm.19 u.2o.
2) s. Köttgen in DöV 1955, S. 485 (487).
3) ebenso haben keine verfassungsrechtl. Bedenken Gerner in BayVBl 1955, S.193 (195); Kratzer in BayVBl. 1958, S.74 (75); Füßlein in DVBl. 1956, 1 Anm.6; Köttgen in DöV 1955, S.485 (487); Katzenstein in DöV 1958, S.6o2/6o3; Darmstadt,Diss.jur. 1961, S.89/98; Maunz-Dürig, Grundgesetz,Art.83, Rdnr. 61.

§ 8: Bei den informierenden Mitwirkungsakten

Erst recht bestehen bei einem Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden in Gestalt der informierenden Mitwirkungsakte keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken; ist doch die handelnde Verwaltungsbehörde nicht einmal rechtlich angehalten, die Mitteilung oder Anzeige der beteiligten Verwaltungsstelle zu überdenken oder gar zu berücksichtigen; vielmehr steht es völlig in ihrem Belieben, inwieweit sie die Informationen bei ihrer Entscheidung verwertet.

Abschnitt 2.
Kapitel V: Die Bedeutung des Art. 19 Abs.4 GG

Bei der Beurteilung des Rechtscharakters der Mitwirkungsakte bildet der Art. 19 Abs.4 GG, der der Zivilperson einen umfassenden und uneingeschränkten Rechtsschutz gegen alle Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt gewährt,und der in der Generalklausel des § 4o VwGO seinen inhaltlichen Niederschlag gefunden hat, den Ausgangspunkt; steht doch aufgrund dieses " formellen Grundrechtes" [1] fest, daß auf jeden Fall auch die Mitwirkungsakte einer richterlichen Kontrolle unterworfen werden müssen, da ansonsten ein mit Art.19 Abs.4 GG unvereinbarer rechtsschutzloser Raum vorhanden wäre.
Daher zielt die Problematik bei den Mitwirkungsakten nicht auf die Frage, o b sondern w i e Rechtsschutz gewährt werden soll [2], konkreter gefaßt, gegen w e n und i n w e l c h e r F o r m

1) siehe Klein, Veröffentl.VDStRL 8, S.67(88 unter
2) so auch Friauf in DöV 1961, S.666(667); / III 7). und ausdrücklich Fickert in DVBl. 1964,S.173 (175 unter 2 c).

die Zivilperson im Verwaltungsstreitverfahren klagen muß, um eben diese richterliche Prüfung der Mitwirkungsakte herbeizuführen. Diese zuletzt angeschnittenen Fragen der Klage a r t und des r i c h t i g e n B e k l a g t e n lassen sich jedoch nur nach einer Klärung des Rechtscharakters der einzelnen Beteiligungen beantworten. Das liegt in den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung begründet, wonach die Zulässigkeit der in diesem Zusammenhang in Betracht kommenden Klagearten, - Verpflichtungs-, Anfechtungs- und allgemeine Leistungsklage -, von dem Vorliegen bezw. Nichtvorliegen eines V e r w a l t u n g s a k t e s abhängt.
Bezogen auf die richterliche Nachprüfbarkeit der Mitwirkungsakte bedeutet dieses:

a. Erfüllt die Beteiligung die Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes, so kann die Zivilperson gesondert in Form der Verpflichtungs- oder Anfechtungsklage gegen die Mitwirkungsbehörde klagen.

b. Entfaltet der Mitwirkungsakt lediglich verwaltungsinterne Wirkungen, so genügt möglicherweise nur e i n e Klage gegen die Entscheidungsbehörde, vorausgesetzt, daß die Verwaltungsrichter in diesem Prozeß nur gegen diese Behörde auch den Mitwirkungsakt nachprüfen können; trifft letzteres nämlich nicht zu, so muß der Kläger gesondert in Form der allgemeinen Leistungsklage gegen die beteiligte Behörde vorgehen.

c. Bilden die Entschließungen der beteiligten Behörden zusammen den Verwaltungsakt, so kann die Zivilperson diese nur gemeinsam verklagen.
Diese Aufstellung kennzeichnet die Notwendigkeit, im einzelnen den Rechtscharakter der Mitwirkungsakte zu untersuchen, und verdeutlicht überdies das Erfordernis, die Voraussetzungen eines Verwaltungs-

aktes zu skizzieren, da nur so die zur Diskussion stehende Frage nach dem Rechtscharakter der einzelnen Beteiligungen eindeutig geklärt werden kann.

§ 9: Die Definition des Verwaltungsaktes

Glaubt man, der Verwaltungsakt habe sich nunmehr auch inhaltlich zu einem festgefügten Rechtsinstitut des allgemeinen Verwaltungsrechts entwickelt, so sieht man sich getäuscht, da namhafte Autoren vor allem angesichts der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art.19 Abs.4 GG für eine Ausweitung des bisherigen von Wissenschaft und Rechtsprechung klar umrissenen Verwaltungsaktbegriffes eintreten.
So fordern EYERMANN-FRÖHLER, man müsse alle hoheitlichen, also auch alle tatsächlichen behördlichen Handlungen als Verwaltungsakte ansehen und demzufolge gegen diese eine Verpflichtungs- oder Anfechtungsklage gem. § 42 Abs.1 VwGO zulassen [1]. BETTERMANN hingegen ersetzt den bisherigen "engen" Verwaltungsaktsbegriff nur bei den Verpflichtungsklagen durch den weiten terminus "Amtshandlung" [2] [3] aus der richtigen Erkenntnis, daß es wohl schlechterdings unmöglich ist, die Aufhebung einer tatsächlichen behördlichen Handlung durch eine Anfechtungsklage zu verlangen [4].

---

1) Siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.14 ff; im Anschluß daran auch Großmann in Diss.jur. Heidelberg 1964, der einerseits an der Definition des VA von Forsthoff festhält (S.7), andererseits sich aber für eine Erweiterung des VA-Begriffes im Sinne Eyermann-Fröhlers ausspricht (S.1oo).
2) Siehe Bettermann in NJW 196o, S.649 (65o unter II).
3) Für eine Ausweitung ebenso neuerdings Fickert in DVBl. 1964, S.173 (175 unter 2 c); wN siehe bei Hegel in JZ 1963, S.15 (15 Anm. 2.)
4) So auch Bettermann in NJW 196o, S.649 (65o unter II) Hegel in JZ 1963, 15 (17 unter 2); Rupp in AÖR Band 85 (196o), S.3o2 (3o3 unter III Ba).

Bei diesen Vorschlägen der genannten Autoren ist nun als erstes zu untersuchen, ob tatsächlich Art.19 Abs. 4 GG eine solche Ausweitung des bisherigen Verwaltungsaktsbegriffes gebietet. Bei Abwägen dieser Frage, inwieweit dadurch ein besserer, umfassenderer Rechtsschutz gewährleistet ist als vorher, ergeben sich notwendig keine Unterschiede zu der bisher gehandhabten Verwaltungspraxis; es bleibt nämlich bei Festhalten der "engen" Definition für die Zivilperson durchaus die Möglichkeit bestehen, auch tatsächliche hoheitliche Handlungen, die nicht als Verwaltungsakte im bisherigen Sinne angesehen werden können, vor dem Verwaltungsgericht in Form der allgemeinen Leistungsklage zu erzwingen [1]. Schon allein von dieser Warte her gesehen besteht also kein Bedürfnis, den heute noch allgemein anerkannten Verwaltungsaktbegriff zu verändern.
Nun mag hiergegen auf den ersten Blick der Einwand EyERMANN-FRÖHLERS als durchaus stichhaltig erscheinen, die spitzfindigen Erörterungen bei Festhalten der "engen"Definition über den Rechtscharakter einer hoheitlichen Verwaltungshandlung befriedigten nicht, wenn ihr einziges Ergebnis darin liege,nicht eine Verpflichtungs- sondern eine allgemeine Leistungsklage komme in Betracht. [2] Dabei bleibt aber immer noch die Frage zu bedenken, ob die Aufgabe eines bisher klar umrissenen Begriffes im Einklang mit den geltenden Gesetzen, vor allem der Verwaltungsgerichtsordnung,steht. HEGEL weist zu Recht darauf hin, der Gesetzgeber habe für die VwGO nirgendwo eine Erweiterung des bisher nach Inhalt und

---

1) Ebenso Hegel in JZ 1963, S.15 (17 unter 3); siehe auch Rautenberg-Voigt in DöV 1964, S.259 (261 unter 2).
2) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.14.

Tragweite klar umrissenen Verwaltungsaktbegriffes erkennen lassen; er habe deshalb auch der VwGO den "engen" Begriff zugrundegelegt [1].

Ergibt sich die Richtigkeit dieser Meinung schon aus den Materialien und aus dem systematischen Zusammenhang der einzelnen Vorschriften in der VwGO, so bestätigt dieses darüber hinaus auch der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensrechts 1963, wo eindeutig in § 27 an dem "engen" Verwaltungsaktbegriff festgehalten wird [2].

Wollte man aber dennoch BETTERMANN folgen, so hieße das einen bisher klar gefaßten Begriff durch das gar nicht so eindeutige Rechtsinstitut "Amtshandlung" ersetzen [3], und bedeutete überdies, eine unterschiedliche Terminologie für die Verpflichtungs- und Anfechtungsklage zugrundelegen, obwohl der Gesetzgeber offensichtlich für beide Klagearten in § 42 VwGO von ein und demselben "engen" Verwaltungsaktbegriff ausgeht und auch in den Vorschriften über das Verwaltungsverfahren die bisherige Definition im Auge hat [4].

Mag zwar vom ersten Anschein her eine Erweiterung des Verwaltungsaktes bestechend erscheinen, so zwingen die angeführten Überlegungen doch, auch dieser Untersuchung den "engen" Verwaltungsaktbegriff zugrundezulegen [5], den HANS J. WOLFF ohne

---

1) Hegel in JZ 1963, S.15 (16/17 unter 2).
2) siehe Definition des § 27 EVwVerfG 1963:" VO ist, jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein VA, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestehenden Personenkreis richtet".
Diese Definition lehnt sich also an bewährte Vorbilder an: § 25 Abs.1 MRVO 165; § 4 des Berliner Vwverfahrensgesetzes; § 23 Abs.1 EGGVG i.d.F.des § 179 VwGO; s. auch Begründung d.EVwVerfG 1963, Forts. S.46.

wesentliche Änderung des von der Wissenschaft entwickelten und anerkannten Inhalts treffend " als jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles, durch welche eine oder mehrere Personen unmittelbar betroffen oder Sachen rechtlich qualifiziert werden", definiert [1].

§ 1o: Mitwirkungsakte in Verwaltungsverordnungen

Diese Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes kann indes ein Mitwirkungsakt nur dann erfüllen, wenn er in einem f o r m e l l e n G e s e t z oder in einer G e m e i n v e r o r d n u n g vorgeschrieben ist.

Legt lediglich eine allgemeine Verwaltungsvorschrift ein Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden fest, so ist das Handeln der beteiligten Behörde aufgrund des verwaltungsinternen Charakters einer jeden Verwaltungsverordnung immer ohne Außenwirkung und dient lediglich der Entscheidungsbehörde als geeignete Beurteilungsgrundlage [2].

---

2) Forts. zu S.45: S. 135/136.
3) siehe hierzu besonders Hegel in JZ 1963,S.15 (15 unter 2).
4) Siehe auch Hegel in JZ 1963, S.15 (16/17 Anm.9 mwN); ebenso Großmann in Diss.jur.Heidelberg 1964, S.1oo mwN in Anm. 231.
5) Ebenso lehnen eine Ausweitung des VA-begriffes ab: Ule, VwGO, vor § 42, Anm.II (S. 113/114), und § 42, Anm.IV, 1 (S. 135/136); Schunck- De Clerck, VwGO, § 113 Anm.3b,aa; Schäfer in DVBl. 196o, S. 837 (838); Rupp in AöR Band 65,196o,S.3o2 (3o6/3o7); Hegel in JZ 1963, S.15 ff.,

---

1) Siehe Hans J. Wolff 1, § 46 I.
2) Ebenso Großmann in Diss.jur.Heidelberg 1964, S.38 unter § 6 mwN aus Lit.u.Respr.; siehe dazu auch Heitzer in Diss.jur.Mainz 1961, S.38.

Abschnitt 2

Kapitel VI: Der Rechtscharakter der Mitwirkungsakte im einzelnen

§ 11: Bei den Gemeinsamen Mitwirkungsakten

Schreibt ein Gesetz oder eine Gemeinverordnung rechtlich zwingend ein gemeinsames Zusammenwirken von nicht notwendig und dauernd miteinander verbundenen Verwaltungsbehörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes vor, so darf eine Behörde n a c h a u ß e n h i n nicht ohne die andere entscheiden. Daher darf sich keine Mitwirkungsbehörde über die Meinung der anderen hinwegsetzen und so die alleinige Entscheidungsbefugnis an sich reißen, vielmehr "erarbeiten" die am Verwaltungsverfahren beteiligten Behörden gemeinsam die Entschließung und tragen dafür gemeinsam die Verantwortung.
Für das Zustandekommen der endgültigen Entscheidung sind zwei Wege denkbar:

a. Die beteiligten Verwaltungsstellen stimmen ihre Auffassungen in gemeinsamer Auseinandersetzung gegeneinander ab, ohne dabei ihre Eigenständigkeit als Verwaltungsbehörde zu verlieren und ohne dabei gemeinsam eine neue Behörde zu bilden, oder aber
b. eine Verwaltungsbehörde entscheidet allein, eine andere billigt diese Auffassung und übernimmt damit die Mitverantwortung für den zu erlassenden Verwaltungsakt. Die Art und Weise des Zustandekommens einer solchen gemeinsamen Entscheidung bleibt jedoch für deren rechtlichen Beurteilung unerheblich; es kann nämlich nicht das Handeln der einen wie der anderen Behörde für sich betrachtet werden, sondern nur das Ergebnis dieser gemeinsamen Verwaltungstätigkeit, da die einzelnen gemeinsamen Mitwirkungsakte der am Verwaltungsverfahren beteiligten Behörden nur als

d e r R e g e l u n g d i e n e n d e Maßnahmen angesehen werden können. Erst die endgültige gemeinsame Entscheidung beinhaltet eine Regelung und entfaltet als Ergebnis dieser gemeinsamen Verwaltungstätigkeit gegenüber der Zivilperson unmittelbare Rechtswirkung.
Daher mangelt es einem gemeinsamen Mitwirkungsakt in der Regel an der Verwaltungsaktqualität, und die Zivilperson kann nur gegen den v e r w a l t u n g s v e r b u n d e n e n Verwaltungsakt gerichtlich vorgehen.

§ 12: Rechtscharakter der mitentscheidenden Mitwirkungsakte

a. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur

Bei der Beurteilung des Rechtscharakters der mitentscheidenden Mitwirkungsakte in Form der Zustimmung (Genehmigung), des Einvernehmens, Einverständnisses, Einspruches oder Widerspruches bestehen t h e o r e t i s c h drei Möglichkeiten: Entweder ist der Mitentscheidungsakt ein V e r w a l t u n g s a k t oder ein V e r w a l t u n g s i n t e r n u m , oder aber das Handeln aller beteiligten Behörden bildet z u s a m m e n einen Verwaltungsakt.

Tatsächlich werden für den am häufigsten in der Gesetzessprache verwendeten Zustimmungsvorbehalt alle drei Möglichkeiten vertreten.
So erachtet das OVG MÜNSTER [1] die Versagung der Zustimmung in § 9 Abs.2 BFstrG als Verwaltungsakt, da dieser in einem Gesetz geregelt sei, in einem förmlichen Verfahren ergehe und die Mitentscheidungsbehörde einen eigenen Verantwortungsbereich wahr-

1) Siehe OVG Münster v.27.3.1962 in DVBl.1962 S.492 f.

nehme [1].

Das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [2] bestreitet dieses und hält die Zustimmung in § 9 Abs.2 BFstrG für verwaltungsintern, wirke doch weder die Zustimmung noch ihre Versagung unmittelbar gegenüber dem Bauwilligen als eine Regelung eines Einzelfalles, sondern richte sich lediglich an die Entscheidungsbehörde [3].

Die Mittelmeinung vertritt der VGH MÜNCHEN [4], der die Entschließungen der beteiligten Behörden als einen einheitlichen, nur gemeinschaftlich anfechtbaren Verwaltungsakt hält.

Diese Aufzählung der ergangenen Urteile zu ein und demselben Mitentscheidungsakt beweist

---

1) zu § 9 Abs.2 BFstrG haben ebenso entschieden: VG Wiesbaden vom 23.12.1955 - II 2 243/54(unveröffentlicht); VG Stuttgart v.15.Mai 1956 in BBauBl. 1957, S.125; OVG Hamburg in DöV 1959, S.546 ff. = MDR 1959, S.522/523 = MittDSttg.1958 Nr. 477, S.161; OVG Koblenz in DöV 1961,S.117 ff; VG Darmstadt in DVBl. 1962, S.875 betreffs § 9 Hess.ForstG.
Literatur: Hans J.Wolff I, § 46 V c 3; Böhm in DöV 1958, S.72 (74 unter 1); Menger in VwArch. 5o (1959), S.395; Mang in BayVBl. 1959,S.82 (83); Scheerbarth, Allg. BauOR, § 15o, S.248/9; Friauf in DöV 1961, S.666 (669); Nedden in DöV 1959, S.53o.

2) siehe BVwG vom 28.5.1963 - I C 99/59 - in LKT 1963,S.255.

3) wie BVwG haben ebenso entschieden: OVG Lüneburg in DVBl.1958, S.138 ff. = DöV 1958,S.9o8 = BBauBl. 1957, S.531 = VwRspr. 1o, 987 f.(dasselbe in BBauBl. 1959, S.576 f.); VG Frankfurt vom 3o.4.1957 - II 2 1378/56 (unveröffentlicht); VG Bayreuth vom 1.7.1958 - 8o/95 II 57 (unveröffentlicht); VG Münster in DVBl. 1962, S.341 ff.
Literatur: Angres in DöV 1958, S.75 (76); ebenso Heitzer in Jur.Diss. 1961, S.33-35 trotz Bindungswirkung; Groebe in DVBl. 1959, S.757 (762 unter V); Marschall, BFstrG, § 9, Anm.3,S.375/376; Eyermann-Fröhler, § 42 Anm.58.

4) siehe VGH München in BayVBl. 1956, S.313 ff.= VKBl. 1956, S.6o ff.

allein die mangelnde Einhelligkeit der vertretenen Meinungen und gibt FRIAUF Recht, der im Rahmen seiner Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, es bestehe wohl bei keinem einzigen gesetzlichen Zustimmungsvorbehalt eine einheitliche Auffassung über den Rechtscharakter.[1] Es bestätigt darüber hinaus, daß von vornherein eine einheitliche rechtliche Beurteilung aller mitentscheidenden Mitwirkungsakte unmöglich ist.

Gegen diese drei in der Gerichtspraxis und in der Literatur vertretenen Möglichkeiten werden nun im einzelnen r e c h t l i c h e und Z w e c k m ä ß i g k e i t s argumente vorgebracht.

1. Gegenargumente gegen Verwaltungsakteigenschaft

Es seien zunächst die Einwände abgehandelt, die gegen die Verwaltungsaktseigenschaft der Mitentscheidungsakte sprechen.

α) Kein Verwaltungsakt wegen mangelnder Kundgabefunktion.

GROEBE meint, im Falle des § 9 Abs.2 BFstrG erlasse nur die Entscheidungsbehörde, nicht aber die beteiligte oberste Landesstraßenbehörde einen Verwaltungsakt, da der Zustimmung bezw. deren Versagung die notwendige K u n d g a b e fehle; diese trifft seines Erachtens selbst dann zu, wenn die Stellungnahme der beteiligten Behörde der Zivilperson eröffnet wird [2]. Insofern ist seine Auffassung mißverständlich.

GROEBE stützt sich in seiner Argumentation auf ein Urteil des OVG BERLIN [3], das die Ansicht über die rechtliche Relevanz der sog. Kundgabefunktion mit rechtsstaatlichen Gedanken zu untermauern versuchte:

---

1) siehe Friauf in DöV 1961, S.666 (669 unter II 3).
2) siehe Groebe in DVBl. 1959, S.757 (759 unter II).
3) Siehe OVG Berlin v. 21.1.1959 in DVBl.1959,S.515 (517 unter I g).

Die Rechtsbeziehungen der Zivilperson und des Staates müßten in einer "übersichtlichen, klaren und verbindlichen Form" erfolgen. Das gehöre zu der "Sozialanforderung des Rechtsstaates". Daher sei die Willensbekundung der Behörde als Verwaltungsakt zu werten, " die aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung zur Vertretung des Staates bestellt sei".
Auch GROSSMANN [1] will die sog. Kundgabefunktion im Rahmen der verwaltungsverbundenen Verwaltungsakte stärker berücksichtigt wissen. Er äußert sich in ähnlichem Sinne wie das OVG BERLIN, wenn er meint, daß diejenige Behörde, der ein Ergebnis staatlicher Willensbildung als ihr eigener Verwaltungsakt zugerechnet werden solle, in der Regel auch diejenige sein werde, die den Erlaß eines Verwaltungsaktes mit der Kundgabe an die Zivilperson vollende. Bezogen auf die systematisch gleichgelagerten Fälle der Mitentscheidung bedeutet diese Auffassung, daß der Mitwirkungsakt niemals ein Verwaltungsakt sein kann, sondern immer nur die Entschließung der Entscheidungsbehörde, da nur sie nach Meinung des OVG BERLIN [2] aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung zur Vertretung des Staates bestellt und demzufolge zur Kundgabe berechtigt ist.
Dem OVG BERLIN ist insoweit beizupflichten, als die Kundgabefunktion nicht völlig außer acht gelassen werden darf, da ja schließlich die Zivilperson irgendwie von den Maßnahmen der Verwaltung unterrichtet werden will und muß. Umgekehrt darf man sie aber

---

1) Siehe Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964,S.83.
2) Siehe OVG Berlin, ebenda, DVBl. 1959,S.515 (517 I g); im Anschluß an OVG Berlin auch Heitzer, Diss.jur. 1961, S. 34.

auch nicht in ihrem rechtlichen Gehalt überbewerten. Wollte man nämlich der Kundgabefunktion so große Bedeutung zumessen, so beinhaltete das eine Anerkennung als Teilmerkmal des Verwaltungsaktes. Hält man sich aber die begriffliche Definition des Verwaltungsaktes vor Augen, so lautet bei den verwaltungsverbundenen Maßnahmen die entscheidende Frage, ob mit der positiven oder negativen Mitwirkung bereits eine R e g e l u n g e i n e s E i n z e l f a l l e s m i t u n m i t t e l b a r e r R e c h t s w i r k u n g verbunden ist.

Nicht die Kundgabe oder die gesetzliche Zuständigkeitsregelung bedingt also die Verwaltungsaktseigenschaft, sondern einzig und allein der m a t e r i e l l r e c h t l i c h e Inhalt des Mitwirkungsaktes. Daher betonen FRISCHMANN-WEINGART [1] zu Recht, die Kundgabe sei nur F o l g e einer inhaltlich als Verwaltungsakt erkannten hoheitlichen Regelung und habe nur für das W i r k s a m w e r d e n der Maßnahme Bedeutung.

Allein schon aus dieser Überlegung wird man der Meinung GROEBES und GROSSMANNS über die Bedeutung der Kundgabe nicht folgen können [2].

Überdies wird bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten der vom OVG BERLIN geforderten übersichtlichen, klaren und verbindlichen Form

---

1) Frischmann-Weingart in DöV 1962, S.721 (723 unter 2 und Anm.18).

2) ebenso ablehnend: Idel in NJW 1954,S.1948(1949): wem gegenüber der Mitwirkungsakt abgegeben, sagt nichts darüber aus, ob Mitwirkungsakt auch VA ist; Menger in VwArch 5o (1959), S.395(396); Schuegraf in DVBl. 1961, S.654 (655): Nur der Inhalt der Entscheidung ist maßgebend; Friauf in DöV 1961, S.666 (672 unter III, 3 b); Frischmann-Weingart in DöV 1962,S.721 (723 unter 2 mit Anm.18).

voll genügt, da mit der Kundgabe durch die Entscheidungsbehörde in jedem Fall eine Begründung verbunden sein muß, die der Zivilperson darüber Auskunft gibt, ob der erlassene Verwaltungsakt auf der Entscheidung der mitwirkenden oder der Entscheidungsbehörde beruht [1]. Selbst wenn aber eine Begründung fehlen sollte, so erfährt der Betroffene spätestens im Widerspruchsverfahren, auf wessen Veranlassung die an ihn gerichtete Entschließung getroffen wurde [2].

ß) Kein Verwaltungsakt wegen Einheit der Staatsverwaltung

Darüber hinaus weist GROEBE und im Anschluß an ihn auch HEITZER [3] auf den Gesichtspunkt der "Einheit der Verwaltung" hin; dieser zwinge dazu, den Mitentscheidungsakt als Verwaltungsinternum anzusehen; denn der Staat trete der Zivilperson als e i n e s i n z i g e Behörde gegenüber, gleichgültig, ob nun bei dem Zustandekommen eines Verwaltungsaktes mehrere Verwaltungsstellen zusammengearbeitet hätten [4].
Diesem Kriterium habe das PREUßISCHE OVG [5] in jahrzehntelanger Rechtsprechung Rechnung getragen, nach dessen Auffassung die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde alle zu berücksichtigenden Gesichtspunkte Gesundheits-,Sicherheits-,Feuerschützender oder Wegeaufsichtlicher Art in sich schließe,

---

1) siehe dazu näher Kapitel VI, § 11 a 1, SS. 6o f.
2) so auch Friauf in DöV 1961, S.666 (672,Anm.76).
3) Heitzer, Diss.jur.1961, S.38; ebenso VGFrankfurt in BBauBl.1958,S.141 (144).
4) siehe Groebe in DVBl. 1959, S.757 (76o unter II).
5) vgl. PrOVG E 27,386 (39o); 41,362 (366); 97,21o (212); 1o5, 28o (282/283).

Mit Recht lehnt FRIAUF die Bezugnahme GROEBES auf die Rechtsprechung des PREUSSISCHEN OVG mit seinem Hinweis auf die unterschiedliche Rechtslage im Baurecht von damals und heute ab [1]. In den dort behandelten Fällen war in der Tat jeweils nur e i n e Behörde nach außen hin zuständig, ohne im einzelnen die Einvernehmenserklärung oder Zustimmung einer anderen Behörde einholen zu müssen. Zwar trifft dieses in der Regel auch nach dem jetzt geltenden Bauordnungsrecht zu [2], d.h. die Baugenehmigungsbehörde nimmt auch heute noch hygienische, verkehrssichernde oder feuerschützende Belange wahr, aber sie ist im Gegensatz zu den vom Preußischen OVG behandelten Fällen oftmals zum Zusammenwirken in Form der Mitentscheidungsakte mit anderen Behörden a u s d r ü c k l i c h gezwungen [3]. Insofern kann wegen dieser Unterschiedlichkeit nicht auf die frühere Rechtsprechung verwiesen werden [4].

Aber auch das eigentliche Argument der Einheit der Verwaltung erweist sich als nicht stichhaltig; denn dieser vielverwendete und schillernde Begriff ist kein übergeordneter rechtlicher Gesichtspunkt, wie allerdings FRIAUF meint [5], sondern er kennzeichnet den

---

1) Siehe Friauf in DöV 1961, S.666 (673).
2) Vgl. z.B. MBauO des Bundes: § 82 Abs.2 - ... haben darüber zu wachen, daß die ö.-r.Vorschriften und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden. Sie haben in Wahrnehmung dieser Aufgaben die erforderlichen Maßnahmen zu treffen § 82 Abs.3 ... können die Baubehörden weitere Anforderungen stellen, um Gefahren für L e b e n oder G e s u n d h e i t abzuwehren und Störungen zu beseitigen.
3) Siehe die Vorschriften im BBauG §§ 14 (2); 19(4); 31; 32 und 36.
4) Ebenso ablehnend: OVG Koblenz in E 3,1o5 (1o9) betreffs § 63 (3) 2 AufbauG RhPf v. 1.8.1948 (rhpfGVBl. S.317); Grossmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S.72 unter VII a; Pietzonka in NJW 1961, S.1425 (1427); Böhm in BauVw 1958, S.4oo.
5) Siehe Friauf in DöV 1961, S.666 (673 unter III 3c).

o r g a n i s a t o r i s c h e n Aufbau der Verwaltung; spricht man doch in der Regel von der "Einheit der Verwaltung" im Zusammenhang mit der Forderung nach einer horizontalen Konzentration [1] aller Verwaltungskompetenzen in e i n e r Behörde. Davon aber kann bei diesen Beteiligungsformen keine Rede sein; denn die Besonderheit der Mitentscheidungsakte liegt gerade darin, daß der Gesetzgeber nicht wie bei den begutachtenden Mitwirkungsakten es bei der Alleinzuständigkeit der Entscheidungsbehörde belassen, sondern einen bestimmten Aufgabenbereich der mitwirkenden Behörde zur Mit- oder gar zur alleinigen Prüfung übertragen hat. Dieses geben GROEBE [2] und HEITZER [3] selbst zu, wenn sie der Zustimmung in § 9 Abs.2 BFstrG eine relative Bindungswirkung beimessen, da der obersten Landesstraßenbehörde die Wahrung der Verkehrsbelange obläge und die Baugenehmigungsbehörde sich über deren ablehnende Haltung nicht hinwegsetzen dürfe. Trifft das aber zu, so kann man nicht mehr von der Einheit der Verwaltung sprechen, da aufgrund dieser Aufteilung der Verwaltungskompetenzen diese Einheit gesprengt ist.
Deshalb kann dieser Gesichtspunkt nicht die Qualifikation eines Mitentscheidungsaktes als Verwaltungsakt hindern [4].

---

1) siehe Hans J. Wolff II, § 77 I a 1 beta.
2) siehe Groebe in DVBl. 1959, S.757 (761 unter III).
3) Heitzer, Diss.jur. 1961, S.35 und 36 betr. § 9 Abs.2 BFStrG und S.39 betreffs § 57 Abs.4 GewO.
4) ebenso ausdrücklich ablehnend Friauf in DöV 1961, S.666 (673 unter III, 3 c) unter Hinweis auf die vermeintliche Impermeabilität der Verwaltung im Anschluß an Bachof (in Festschrift für Wilhelm Laforet, S.285/297 unter III).

Kein Verwaltungsakt wegen des Willens des Gesetzgebers

Einige Autoren weisen auf den Willen des Gesetzgebers hin [1], der eine einheitliche Entscheidung bei allen Erscheinungsformen des Zusammenwirkens habe regeln wollen. Daher sei nur der **Bescheid der Entscheidungsbehörde** als Verwaltungsakt einzustufen, gleichgültig, ob tatsächlich die mitwirkende Behörde die Entscheidung trifft. Zwar liegt nach EYERMANN-FRÖHLER [2] darin eine gewisse Unbilligkeit gegenüber der Mitentscheidungsbehörde, "aber der Gesetzgeber habe es eben so gewollt".

Tatsächlich beweisen die Materialien zu einigen Bestimmungen übereinstimmend das Bestreben des Gesetzgebers, das Verwaltungsverfahren für die Zivilperson nicht zu komplizieren und die Mitentscheidung ohne jede rechtliche Außenwirkung als Verwaltungsinternum zu gestalten.
So hat der Gesetzgeber in § 9 Abs.2 BFstrG auf Anregung des BMWo absichtlich lediglich die Form der Zustimmung gewählt und nicht ein gesondertes Genehmigungsverfahren für den Antragsteller geschaffen [3]. Daraus erhellt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das Zustimmungsverfahren verwaltungsintern sich vollziehen solle; andernfalls hätte nach MARSCHALL der § 9 Abs.2 BFstrG lauten müssen: "Die Errichtung oder wesentliche Änderung von Bauanlagen jeder Art... bedürfen der **Genehmigung** der obersten Landesstraßenbehörde." [4]

---

1) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Anm.57; Marschall,BFstrG, § 9, Anm.3, S.375/6; Schütz in NJW 1963, S.2150(2150); Schroedter in DVBl.1962, S.743 (745 und 749).
2) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.57.
3) siehe dazu Marschall, BFStrG, § 9, Anm.3,S.375.
4) siehe Marschall, BFstrG, § 9 Anm.3, S.375.

Auch das Verwaltungsverfahren in den §§ 33,35, 36 sowie in § 19 BBauG, wo neben der Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde das Einvernehmen mit der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde vorliegen muß, soll nach dem Willen des Gesetzgebers einheitlich sein.
Der BMWo bringt dieses in seinem Runderlaß an die Länder vom 25.Mai 1962 zum Ausdruck und weist darauf hin, man habe gerade deswegen die Form des Einvernehmens mit der Gemeinde gewählt, um eine Spaltung des städtebaulichen Verfahrens und des bauordnungsrechtlichen bei der Baugenehmigungsbehörde zu vermeiden. Zwar sei ein zweigleisiges Verfahren ursprünglich geplant gewesen, jedoch habe der Gesetzgeber die Einheitlichkeit nicht zerstören wollen.
In diesem Sinne sind auch die Verwaltungsvorschriften abgefaßt, die die für das Baurecht zuständigen Minister verschiedener Bundesländer aufgrund der Beratungen der "Arge-Bau" [1] über die rechtliche Handhabung des Einvernehmens der Gemeinde und der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erarbeitet haben. Danach werden diese Mitentscheidungsakte als verwaltungsinterne Vorgänge trotz einer Bindungswirkung für die Entscheidungsbehörde aufgefaßt [2].

---

1) Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister (Senatoren) der Länder.
2) siehe Bad.-Württ.: Erlaß v. 7.8.1962 (GABl. S.372 = BBauBl. 1962, S.513);NRW: Runderlaß d.Min.f.Landesplanung, Wohnungsbau u.ö.Arbeiten v. 15.3.1962 (MinBl. S. 680 (681 unter 3) = BBauBl. 1962, S.309); Hessen: Erlaß des MdI v. 19.4.1962 (StAnz.S.859 = BBauBl. 1962, S. 468); Bayern: Entschluß des MdI v. 19.4.1962 (MinBl. S.379 = BBauBl. 1962, S.302); RhPf. Runderlaß des Min.f.Finanzen und Wiederaufbau v. 4.9.1962 (MinBl. Sp. 1127 = BBauBl. 1962,S.613), der als einziger Runderlaß die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde als Verwaltungsakt auffaßt.

FRISCHMANN-WEINGART [1] begegnen dem Argument, der Gesetzgeber habe nur ein e i n h e i t l i c h e s Verfahren gewollt, mit einer logischen Spitzfindigkeit: Ihres Erachtens läßt sich in k e i n e m Fall nachweisen, daß der Gesetzgeber mehrere rechtlich selbständige und damit anfechtbare Entscheidungen habe v e r h i n d e r n wollen.
Freilich haben die beiden Autoren mit dieser Feststellung recht; nirgends läßt sich ein solcher ausdrücklicher Hinweis finden. Dieses darzulegen, war auch nicht notwendig. Wenn man nämlich etwas Positives will, braucht man nicht ausdrücklich hervorzuheben, daß man das Negative verhindern will. So brauchte der Gesetzgeber nicht ausdrücklich darauf hinzuweisen, er wolle mit seiner Regelung zwei gesonderte Verfahren verhindern, wenn er in seinen Materialien gleichzeitig seinen gegenteiligen Willen hinreichend zum Ausdruck brachte.
Im Ergebnis ist allerdings FRISCHMANN-WEINGART recht zu geben [2].
Sollten EYERMANN-FRÖHLER oder MARSCHALL mit dem Hinweis auf den sog. Willen des Gesetzgebers die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe im Sinn haben - und zumindest der Hinweis MARSCHALLS auf die Anregung des BMinWo läßt darauf schließen -, so sind ihre Rückschlüsse aus diesen Normvorstellungen der Gesetzesverfasser auf den Rechtscharakter der Mitentscheidungsakte von vornherein nicht stichhaltig; denn diese bilden zwar ein wichtiges Auslegungskriterium und haben nach

---

1) siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (725 unter 4).
2) Vgl. Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (725 unter 4 a).

LARENZ [1] gewissermaßen die Vermutung für sich, "das Ergebnis vernünftiger Überlegung zu sein; doch sind sie für den Ausleger nicht verbindlich."
Maßgebend ist vielmehr der in einer Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers [2]. Verstehen EYERMANN-FRÖHLER in diesem Sinn den Willen des Gesetzgebers, so ist ihre Verallgemeinerung des Zustimmungsvorbehaltes nicht haltbar, da die Rechtserheblichkeit eines Mitwirkungsaktes mindestens "d e n k g e s e t z l i c h n i c h t a u s g e s c h l o s s e n ist" [3]. Dieses räumt sogar das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ein [4], das die Entschließung der mitwirkenden Behörde dann als Verwaltungsakt ansieht, wenn der Mitwirkungsakt derart selbständige Bedeutung hat, daß der Mitwirkungsbehörde die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen sei.

---

1) siehe Larenz, Methodenlehre, S. 258 unter 4.
2) siehe BVerfG in E 1, S.299 (312); Larenz,Methodenlehre, S.24o, kommt zu demselben Ergebnis und faßt das Erkenntnisziel einer jeden Auslegung dahingehend, " den normativen Gesetzessinn zu ermitteln". Das bedeutet gleichsam eine Synthese der jeweils zu einseitigen subjektiven und objektiven Theorie.
3) siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (725 unter 4 a).
4) siehe BVwG v. 1o.7.1958 in NJW 1959, S. 59o = DöV 1959, S. 61 betreffs § 49 Abs.1 S.2 KWG.

δ) Kein Verwaltungsakt wegen Verstreichens der Rechtsmittelfrist.

Als schwerwiegender mag das Argument von KRATZER [1] und REITER [2] erscheinen, die Entscheidungsbehörde brauche in ihrer Mitteilung gegenüber der Zivilperson nicht zu verlautbaren, daß nicht sie, sondern die Mitentscheidungsbehörde eine ablehnende Haltung einnehme; wolle man nun die Zustimmung bezw. deren Versagung, die Einvernehmens - oder Einverständniserklärung, den Widerspruch oder Einspruch als Verwaltungsakte ansehen, so verstreiche u.U. die Rechtsmittelfrist, da die Zivilperson aufgrund der mangelnden Begründung sich nunmehr im Widerspruchsverfahren an eine unzuständige Behörde wende.
Der letztere Hinweis wirkt überspitzt; denn spätestens bei Erhalt des Widerspruchbescheides werden ja die eigentlichen Ablehnungsgründe der Zivilperson offenkundig, da auch die Widerspruchsbehörde an den bindenden Mitentscheidungsakt gebunden ist, dieses in ihrem Bescheid zum Ausdruck bringen muß und damit den Betroffenen ablehnend zu bescheiden hat [3].
Unabhängig davon erweist sich die Meinung der genannten Autoren, die Entscheidungsbehörde brauche die Ablehnungsgründe im einzelnen nicht darzulegen, als bedenklich, vor allem die Unterstreichung KRATZERS [4], vielleicht sei das Aufzählen der Gründe sogar untunlich.

---

1) siehe Kratzer in BayVBl. 1958, S.74 (75 unter 2a); derselbe in BayVBl.1959, S.9o (9o).
2) siehe Reiter in BayVBl.1959, S.247 (247).
3) ebenso Friauf in DöV 1961, S. 666 (672,Anm.76).
4) siehe Kratzer, ebenda.

Freilich besteht keine allgemeine Gesetzesvorschrift, alle schriftlichen (belastenden) Verwaltungsakte mit einer Begründung auszustatten, aber es läßt sich daraus für die Verwaltungsbehörden nicht das Recht herleiten, jegliches Aufzählen der (Ablehnungs-)gründe zu unterlassen; bliebe doch so die Zivilperson völlig im Unklaren und könnte keine geeigneten Gesichtspunkte vorbringen, die einen Widerspruch mit Aussicht auf Erfolg unterstützten. Das aber brächte zugleich eine gewisse Entwertung des Rechtsmittelverfahrens mit sich.

So wird man aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit uneingeschränkt für alle schriftlich ergehenden (belastenden) Verwaltungsakte einen Begründungszwang fordern müssen[1], ja, man wird sogar so weit gehen dürfen, andernfalls die - allerdings heilbare- Mangelhaftigkeit des so ergangenen Verwaltungsaktes[2] und die Hemmung der Rechtsmittelfrist für den Widerspruch anzunehmen[3].

Für die Entscheidungsbehörde bedeutet nun der Begründungszwang die Verpflichtung, vor allem der Zivilperson den möglichen Umstand mitzuteilen, daß letzthin im Falle eines ablehnenden Bescheides bei einer Baugenehmigung die ablehnende Haltung nicht

---

1) Hinsichtlich des Begründungszwanges: noch ablehnend- Beschluß des BvwG v. 24.9.1953 in DVBl. 1954, S. 224 (225) = E 1, S.12 (13) = VwRspr. 6, S.888 (89o); wN siehe Klinger,VwGO § 42,Anm. E III 2 (S.164); teilweise ablehnend: Zschacke, NJW 1954, S.413 (414). Befürwortend: spätestens im Widerspruchsverfahren Begründungszwang -Hans J.Wolff I, § 5o II d 2; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 3o4; Ule in "Recht, Staat u.Wirtschaft" III, S. 26o (279 unter III 1); Klinger, VwGO, § 42, Anm.E III 2 (S.164) mwN.
Über den Stand der Meinungen bezüglich des Begründungszwanges umfassende Übersicht in Begründung zum EVwVerfG 1963, zu § 3o, S.143-146.
Forts. S.62.

auf der eigenen Auffassung beruht, sondern einzig und allein durch die Entschließung der beteiligten Behörde bewirkt wird; nur wenn sie g e s o n d e r t e Ablehnungsgründe vorbringt, muß sie selbst diese begründen.
Letztlich aber sind damit die Bedenken von KRATZER und REITER noch nicht vollends beseitigt; denn die Entscheidungsbehörde kann dennoch das Gebot, eine umfassende Begründung zu geben, mißachten und die Zivilperson ablehnend bescheiden, ohne im einzelnen darauf hinzuweisen, daß die ablehnende Entschließung nur auf der bindenden Haltung der Mitentscheidungsbehörde beruht. In diesem Falle muß die Zivilperson das Rechtsmittel bei der Entscheidungsbehörde einlegen. Damit läuft sie nicht Gefahr, die Rechtsmittelfrist gegenüber dem Verwaltungsakt der Mitentscheidungsbehörde verstreichen zu lassen; denn diese Frist ist ja - wie bereits hervorgehoben [1] - auf Grund der mangelnden Begründung gehemmt. Erwidert die Entscheidungsbehörde, von ihrer Warte aus bestünden keine rechtlichen Bedenken, jedoch habe die Mitentscheidungsbehörde bindend widersprochen, ihre Zustimmung oder ihr Einvernehmen verweigert, so beginnt erst von diesem Zeitpunkt an die Rechtsmittelfrist gegen die Mitentscheidungsbehörde zu laufen, da deren Verwaltungsakt erst jetzt der Zivilperson bekanntgegeben worden ist; von diesem Zeitpunkt also kann die Zivilperson binnen eines Monats Widerspruch bei der Mitentscheidungsbehörde einlegen.

---

2) zu S.61: siehe Klinger, VwGO, § 42, Anm.F II e (172) mwN; siehe insbesondere §§ 3o (1), 35(1) Ziff. 4 EVwVerfG 1963.
3) siehe insbesondere Klinger, VwGO, wie Anm.2 nwN.

---

1) siehe S. 61 mwN in Anm. 3 (vorstehend).

So wird in jedem Fall die Zivilperson die Rechtsmittelfrist wahren können, gleichgültig, ob sie sofort oder erst nachher durch den aufklärenden Bescheid der Entscheidungsbehörde Kenntnis über die gesamte Rechtslage und vor allem darüber Aufschluß erlangt, auf wessen Veranlassung die Entscheidung getroffen wurde.

Damit aber sind die Bedenken von KRATZER und REITER zerstreut.

ε) Kein Verwaltungsakt wegen des unterschiedlichen Gerichtsstandes

Darüber hinaus werden Gesichtspunkte angeführt, die zwar zu bedenken sind, jedoch für die Beurteilung des Rechtscharakters der Mitentscheidungsakte k e i n e R o l l e s p i e l e n d ü r f e n , erweisen sie sich doch in diesem Zusammenhang mehr als Zweckmäßigkeits- und rechtspolitische, denn als r e c h t l i c h e Argumente. So hat vor allem KRATZER, der sich grundsätzlich gegen eine selbständige Bedeutung dieser Beteiligungsformen ausspricht [1], auf Schwierigkeiten hingewiesen, die sich bezüglich des G e r i c h t s s t a n d e s ergeben können, wollte man das Handeln der beteiligten

---

1) Siehe Kratzer in BayVBl. 1958, S. 74 (75 unter 2 a); derselbe in BayVBl. 1959, S. 9o in Anm. zu Urteil des BVwG v. 1o.7.1958 betreffs § 49 KWG; ebenso Reiter in BayVBl. 1959, S. 247 (247); beide Autoren beurteilen jedoch die Rechtslage nach dem gemäß § 195 (2) Ziff. 3 b VwGO außer Kraft getretenen BayVGG vom 25.IX.1946 (GVBl. S.281) i.d.F. vom 3o.IX.1949 (GVBl. S. 258).

Behörden jeweils als Verwaltungsakt ansehen [1]. Dies werde vor allem bei einem Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden offenkundig [2], da man einerseits die beiden Klagen nicht auseinander reißen dürfe, andererseits sich aber eine unterschiedliche örtliche Zuständigkeit der Gerichte ergebe.

Hält man sich nun die heutige Regelung der VwGO vor Augen, so besteht in der Tat gemäß § 52 VwGO in dem aufgeführten Beispiel ein unterschiedlicher Gerichtsstand, der möglicherweise die Zivilperson dazu zwingt, eine Klage vor verschiedenen Verwaltungsgerichten anzustrengen, obwohl der enge sachliche Zusammenhang einen Prozeß vor ein und demselben Gericht gebietet.

Eine Lösung eröffnet die Regelung des § 53 Abs.1 Ziff. 3 VwGO, wonach das gemeinschaftlich obere Gericht auf Antrag des Klägers eines der beiden Gerichte als für die anliegenden Prozesse zuständig erklären kann, allerdings nach einhelliger Meinung in diesem Fall nur unter der Voraussetzung, daß die mehreren Beklagten mit den verschiedenen Gerichtsständen als S t r e i t g e n o s s e n gemäß § 64 VwGO, §§ 59 - 63 ZPO verklagt werden können. [3]

---

1) siehe Kratzer, ebenda wie Anm.1, S.63 in BayVBl. 1959, S.9o (9o).

2) Kratzer wählt dieses Beispiel, obwohl er die Möglichkeit eines Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden in Form der Mitentscheidungsakte fast ausnahmslos verneint; siehe insbesondere in BayVBl.1958, S.74 (75/76 unter 2 b).

3) siehe Köhler, VwGO, § 53, Anm.VI;
Ule, VwGerichtsbarkeit, § 53, Anm. I 3;
Klinger, VwGO, § 53, Anm. B 3.

Das aber wird man hier bejahen können, ist doch die Streitgenossenschaft nichts anderes als die Vereinigung mehrerer Einzelprozesse zu einem einzigen aus Zweckmäßigkeitsgründen [1], wobei vorläufig dahinstehen kann, ob es sich um eine einfache oder notwendige Streitgenossenschaft handelt [2].
§ 53 Abs.1 Ziff. 3 VwGO eröffnet aber nicht nur für den aufgezeichneten Fall eine Lösung, sondern für alle denkbaren Möglichkeiten, in denen die Entschließung der Mitentscheidungsbehörde und der anderen Verwaltungsakte sind, und sich dabei ein unterschiedlicher Gerichtsstand für die beiden Klagen ergibt[3].
So erweisen sich auch diese Bedenken KRATZERS als nicht stichhaltig, einmal, weil sie von vornherein für die rechtliche Beurteilung der Mitentscheidungsakte keine Bedeutung haben, zum anderen, weil § 53 Abs.1 Ziff. 3 VwGO einen befriedigenden Ausweg aufzeichnet.

l) Kein Verwaltungsakt wegen Kostenfrage

Des weiteren werden k o s t e n r e c h t l i c h e Bedenken angeführt.
So verbinde sich mit dem Verwaltungsaktcharakter eines Mitentscheidungsaktes eine Kostenmehrbelastung des Klägers; müsse er doch u.U. zwei Prozesse führen [4].

---

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, vor § 59, Übersicht, Anm.1.
2) siehe dazu Kapitel VII: Prozessrechtliche Konsequenzen.
3) Im Ergebnis ebenso ablehnend: Friauf in DöV 1961, S. 666 (675 unter III,4 c); Frischmann-Weingart, DöV 1962, S. 726 unter 4 b aa.
4) siehe Kratzer in BayVBl. 1958, S. 74 (75).

Zum anderen ergäben sich Ungerechtigkeiten bei dem Kostenausspruch, wenn die zusammenwirkenden Behörden verschiedenen Körperschaften angehörten, beide Entschließungen als Verwaltungsakte anzusehen seien, und der Kläger in dem anhängigen Verwaltungsstreitverfahren obsiegte [1]. Gerade der letzte Einwand deutet praktische Schwierigkeiten an, die sich bei näherem Hinschauen als gar nicht so schwerwiegend erweisen, da sich auch hier eine zufriedenstellende Lösung ergibt. Das zeigen die folgenden Beispiele, wobei vorläufig unterstellt wird, daß tatsächlich die mitentscheidenden Mitwirkungsakte Verwaltungsaktschrakter entfalten können:

(1) Ist allein die Zustimmung, die Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, der Widerspruch oder Einspruch ein Verwaltungsakt, so kann nur die Mitentscheidungsbehörde verklagt werden, und nur sie hat im Falle einer prozessualen Niederlage gemäß § 154 Abs.1 VwGO die Kosten zu tragen.

(2) Ist dagegen nur das Handeln der Entscheidungsbehörde ein Verwaltungsakt, so obliegen ihr allein die Kosten, falls sie die Klage verliert.

(3) Sind beide Entschließungen Verwaltungsakte, und gewinnt der Kläger nur den Prozeß gegen die mitwirkende Behörde, währenddessen die von der Entscheidungsbehörde dargelegten Gesichtspunkte nach Auffassung des Gerichts rechtlich zu billigen sind, so tragen jeweils nur die Mitentscheidungsbehörde und der Kläger die Kosten.

---

1) siehe Kratzer in BayVBl. 1958, S. 74 (75 unter 2 a); derselbe in BayVBl. 1959, S. 9o (9o).

(4) Obsiegt der Betroffene in beiden Verwaltungsstreitverfahren, so hat jede Behörde gesondert die Kosten zu zahlen.
In jedem Fall ergibt sich also eine gerechte Verteilung des Kostenrisikos.
Das aber wird gerade dann nicht zutreffen, wenn man der Forderung KRATZERS folgt, die Mitentscheidungsakte immer als Verwaltungsinterna einzustufen; dann nämlich muß die Entscheidungsbehörde bei einem bindenden Widerspruch eine ablehnende Haltung einnehmen, auch wenn sie selbst eine befürwortende Auffassung vertritt, aber dennoch in einem Prozeß das Kostenrisiko auf sich nehmen [1].

So weist denn auch FRIAUF [2] zu Recht darauf hin, eine solche Lösung erscheine umso bedenklicher, wenn die zusammenwirkenden Behörden - um bei dem Beispiel KRATZERS zu bleiben - verschiedenen Körperschaften angehörten [3].

Was die Kostenmehrbelastung der Z i v i l p e r s o n anbelangt, so trifft dieses der Sache nach zu, da diese nunmehr Gefahr läuft, zwei Prozesse anstrengen zu müssen und im Falle ihrer prozessualen Niederlage doppelte Kosten zu zahlen; dieses bliebe ihr erspart, sähe man die Mitentscheidungsakte als Verwaltungsinterna an; dann braucht nur e i n Prozeß geführt und demzufolge nur e i n m a l

---

1) Das VG Wiesbaden vom 23.12.1954 - II 2 243/54 - (unveröffentlicht),zitiert im Urteil des VG Frankfurt v. 30.4.1957 in BBauBl. 1958, S.141, führt deshalb die Kostenfrage gerade zur Unterstützung des VA -charakters der Zustimmung in § 9 Abs.2 BFStrG an.
2) Vgl. Friauf in DöV 1961, S. 666 (675 unter III 4b)
3) ebenso ablehnend: Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (727 unter 5).

Kosten entrichtet zu werden.
Auch hier handelt es sich aber um ein r e c h t s p o l i t i s c h e s Argument, das zwar nicht völlig außer acht gelassen werden darf, andererseits aber nicht Grundlage für die Beurteilung des Rechtscharakters einer Verwaltungsmaßnahme sein kann; vielmehr sollten solche Gesichtspunkte mehr dem Gesetzgeber als Richtschnur seiner Rechtsetzungstätigkeit dienen.
Daher hat der Einwand einer möglichen Kostenmehrbelastung keine Bedeutung.

k) Kein Verwaltungsakt wegen Erschwerung des Verfahrens

Schließlich kann auch das Argument EYERMANN-FRÖHLERS [1] keine Beachtung finden, mit der Qualifikation eines Mitentscheidungsaktes als Verwaltungsakt verbinde sich notwendig eine E r s c h w e r u n g d e s V e r f a h r e n s für einen einheitlichen Rechtsweg; denn mit diesem Hinweis kann man nicht die unmittelbare Rechtswirkung einer Verwaltungsmaßnahme aus der Welt schaffen.

Wollte man dennoch so verfahren, so hieße das im Ergebnis die Merkmale des Verwaltungsaktsbegriffes völlig aufgeben und jeweils den Rechtscharakter einer Verwaltungsentschließung nach dem Maßstab zu bestimmen, was für die Zivilperson besser sei bezw. was eine größere Erleichterung des Verfahrens mit sich bringe.

Lassen sich weitere Argumente nicht finden, so ist als Ergebnis der bisherigen Untersuchung

---

1) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.56.

folgendes festzuhalten: Gegen alle vorgebrachten Bedenken muß man berechtigte Einwände erheben. Daher kann man grundsätzlich nicht die r e c h t - l i c h e Möglichkeit ausschließen, die mitentscheidenden Mitwirkungsakte als Verwaltungsakte einzustufen.

2. Argumente gegen den verwaltungsinternen Charakter

a) Nicht verwaltungsintern aufgrund der Regelung in einem förmlichen Gesetz

Das VG WIESBADEN [1] spricht von vornherein all den Mitwirkungsakten verwaltungsinterne Wirkungen ab, die in einem f ö r m l i c h e n G e s e t z geregelt sind; anders jedenfalls ist die Begründung dieses Gerichtes nicht zu verstehen, die Zustimmung in § 9 BFstrG sei allein schon aufgrund ihrer gesetzlichen Regelung ein Verwaltungsakt. Ähnlich hat sich das OVG MÜNSTER [2] ausgesprochen, indem es darauf hinweist, die gesetzliche Normierung eines Mitentscheidungsaktes spreche gegen die Annahme eines Verwaltungsinternums, da interne Erklärungen ihrer Natur nach in Verwaltungsanordnungen und nicht in förmlichen Gesetzen vorgeschrieben seien.

Weitet man diese Begründung auf die systematisch gleichgelagerten Fälle der Mitentscheidung aus, so erübrigte sich jede weitere Diskussion über den Rechtscharakter, da diese Beteiligungsformen allein aufgrund ihrer gesetzlichen Regelung als Verwaltungsakte eingestuft werden müßten.

---

1) siehe VG Wiesbaden vom 23.12.1954 - II 2 243/54 - (unveröffentlicht), zit. in Urt. des VG Frankfurt vom 30.4.1957 in BBauBl. 1958, S.141 (141).
2) siehe OVG Münster v. 27.3.1962 in DVBl.1962, S. 492 (493).

ist
Dem indes nur insoweit beizupflichten, als die gesetzliche Normierung die Voraussetzung bildet, einen Mitwirkungsakt als Verwaltungsakt zu qualifizieren[1]; keinesfalls aber wird dadurch dessen Rechtscharakter indiziert. Vielmehr kann die Regelung eines Mitentscheidungsaktes in einem förmlichen Gesetz lediglich als ein g e r i n g e s I n d i z für die Verwaltungsakteigenschaft gelten. Weitere Schlüsse aber dürfen nicht gezogen werden, da auch förmliche Gesetze und Gemeinverordnungen durchaus Organisationsnormen bezw. Verwaltungsvorschriften enthalten, die der Rechtssatzqualität entbehren[2]; denn der Charakter eines Gesetzes als Rechtssatz, Einzelfallregelung oder gar als Organisationsnorm wird nicht durch seine F o r m, sondern durch seinen I n h a l t bestimmt.[3] So hat schon OTTO MAYER[4] darauf hingewiesen, der Inhalt eines Gesetzes brauche nicht unbedingt einen Rechtssatz abzugeben; ein Gesetz nämlich könne etwa bloß eine wissenschaftliche Lehrmeinung widergeben, eine Dienstvorschrift oder gar einen Wunsch, eine Anempfehlung enthalten.
Deshalb bleibt die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß trotz der gesetzlichen Verankerung des Mitwirkungsaktes die Regelung nur als interne Verwaltungsanordnung anzusehen ist, die gegenüber einer im Verwaltungswege ergangenen Verordnung lediglich den Vorzug des Vorbehaltes des Gesetzes genießt[5].

---

1) siehe Kapitel V, § 1o, S. 46 f.
2) siehe Obermayer, VA und iRA, § 28, IV 2 (S.132); derselbe in DVBl. 1956, S. 674 (674 unter II); Lichtenberger in DNotZ 1956, S. 58o (582); Heitzer, Diss.jur.Mainz 1961, S. 38.
3) siehe Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, S. 247 unter B (§ 22), der in einer eingehenden rechtstheoretischen Untersuchung die entscheidenden Kriterien erarbeitet hat, im einzelnen ein Gesetz als Rechtssatz oder Einzelakt zu qualifizieren.
4) siehe Otto Mayer, VwR,I, § 6, S.67.
5) siehe auf S.71.

Das zwingt dazu, die vor allem vom VG WIESBADEN vertretene Meinung abzulehnen [1].

ß) Verwaltungsakt wegen mangelnden Rechtsschutzes

Zahlreiche Autoren versuchen die rechtliche Qualifikation eines Mitentscheidungsaktes als Verwaltungsakt mit einem Hinweis auf das Rechtsschutzbedürfnis der Zivilperson zu stützen und zu unterstreichen [2].

Das Argument des Rechtsschutzbedürfnisses darf indes nur dann zum Tragen kommen, wenn die Zivilperson nicht auf andere Weise in den Genuß des durch Art.19 Abs.4 GG garantierten Rechtsschutzes kommen kann, als durch die Qualifikation einer Maßnahme als Verwaltungsakt; in solchen Fällen ist es tatsächlich notwendig, den Begriff des Verwaltungsaktes streng als Zweckschöpfung des Verwaltungsrechts im Hinblick auf Art.19 GG anzusehen.

Man wird aber in all den Fällen die Begründung einer Verwaltungshandlung als Verwaltungsakt mit Hilfe des Rechtsschutzbedürfnisses ablehnen müssen, in denen die Möglichkeit besteht, eben diese zur Diskussion stehende behördliche Handlung auf a n d e r e W e i s e einer richterlichen Kontrolle zu unterziehen.

---

5) zu S.7o: siehe Obermayer in DVBl.1956, S.674(675 unter II) im Anschluß an Anschütz, Krit.Studien, S.9.

---

1) ebenso ausdrücklich ablehnend: VG Frankfurt in BBauBl. 1958, S. 141.

2) Es verweisen auf den Rechtsschutz: Menger in VwArch 53,(1962) S.76 (78) in Urteilsbespr. des BVwG v. 23.1.1961 (NJW 1961, S. 1321 mit Anm. von Beyer); Oehm in BlGBWR 1961, S. 340 (341 unter III); ähnlich OVG Koblenz in E 2, S.45 (47) zu § 4 (2) rhpfLPVO (= v. 28.8.1952 in rhpfGVBl. S. 121).

Gerade letzteres trifft aber bei den Mitentscheidungsakten möglicherweise zu, wenn diese auch im Falle ihres verwaltungsinternen Charakters richterlicher Kontrolle unterworfen werden können.
Daher gilt es, die prozessualen Gegebenheiten einer richterlichen Überprüfung der Mitentscheidungsakte bei verwaltungsinternem und bei Verwaltungsaktcharakter im einzelnen zu untersuchen und insbesondere zu prüfen, ob der Rechtsschutz die Qualifikation der Mitentscheidungsakte als Verwaltungsakte gebietet.

(1) Muß man sowohl die Entschließung der Entscheidungsbehörde als auch die Zustimmung bezw. die Versagung, die Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, den Widerspruch oder Einspruch als Verwaltungsakt ansehen - und diese Möglichkeiten darf man nach den vorherigen Ausführungen nicht ausschließen [1] - so muß die Zivilperson zwei Prozesse führen, um in den Genuß eines umfassenden Rechtsschutzes zu kommen. Allerdings werden zwei Klagen nur selten in Frage kommen, nämlich in der Regel nur dann, wenn die zusammenwirkenden Behörden jeweils gesonderte Gesichtspunkte vorbringen, die endgültig zur ablehnenden Entschließung führen; hat aber die Mitentscheidungsbehörde zugestimmt und nur die Entscheidungsbehörde abgelehnt, oder aber umgekehrt nur die Mitentscheidungsbehörde widersprochen, die Entscheidungsbehörde aber zugestimmt, so braucht die Zivilperson nur eine Klage anzustrengen.
Wenn aber tatsächlich der seltenere Fall eintritt, daß beide Behörden voneinander unabhängige Ableh-

---

1) siehe Abschnitt 2 Kapitel VI, § 12 a, 1, S. 5o.

nungsgründe vertreten, so muß die Zivilperson jede Behörde gesondert verklagen; nur eine Klage gegen die Entscheidungsbehörde wird der Zivilperson in diesem Fall nämlich nichts nützen, da die Verwaltungsrichter gem. § 113 VwGO nur über den zur gerichtlichen Verhandlung stehenden Verwaltungsakt, nicht aber zusätzlich über den Mitentscheidungsakt mit Verwaltungsaktcharakter entscheiden können.[1) 2)]

Selbst wenn man in diesem Fall dem Gericht ein I n z i d e n t p r ü f u n g s r e c h t bezüglich der nicht den Streitgegenstand bildenden Entschließung der beteiligten Behörde zubilligen wollte, so nützte auch dieses dem Kläger wenig, da mangels einer besonderen verfahrensrechtlichen Grundlage das Verwaltungsgericht eine Behörde nicht inzidenter zu einer bestimmten Verwaltungshandlung verpflichten kann, sondern nur über den den Streitgegenstand bildenden Verwaltungsakt bindend mit R e c h t s k r a f t w i r k u n g entscheiden kann [3)].

---

1) Dieses ergibt sich für die Anfechtungsklage aus § 113 Abs.1 S.1 VwGO; für die Verpflichtungsklage aus § 113 Abs.4 VwGO.

2) Daher ist es im Ergebnis richtig, wenn die folgenden Autoren und Gerichte ein rechtliches Unvermögen der Gerichte annehmen, die Mitentscheidungsakte mit V A - c h a r a k t e r in einem Prozeß nur gegen die Entscheidungsbehörde nachzuprüfen; allerdings ergibt sich dieses erst als F o l g e des VA-Charakters und kann deshalb nicht zur Begründung des VA-charakters herangezogen werden, da die Folge eines TB nicht zu dessen Begründung dienen darf. Siehe im einzelnen: Kohlhammer-Grauvogel, BBauG § 14, VI, 3 b, dd, Klage nur gegen Entscheidungsbehörde wäre auf eine für die Behörde unmögliche Leistung gerichtet; in diesem Sinne auch: Böhm in BauVw. 1958, S.400; OVG Koblenz in E 2, S.45 (47); ebenso in DöV 1961, S. 117 (118); VG Stuttgart in BBauBl. 1957, S. 125; OVG Münster in DöV 1962, S. 833 (834); VG Wiesbaden v. 23.12.1955, zit. in Forts. S.74.

Diese Ausführungen erhellen die Notwendigkeit zweier Prozesse in diesem Fall, die sich jedoch u.U. durch das prozessuale Mittel der Streitgenossenschaft verbinden lassen [1].

(2) Entfaltet ein Mitentscheidungsakt lediglich verwaltungsinterne Wirkungen, so braucht die Zivilperson nur eine Klage gegen die Entscheidungsbehörde anzustrengen.

In diesem gerichtlichen Verfahren hat das Verwaltungsgericht das Recht, die gesamte materielle Rechtslage zu überprüfen, also insbesondere auch den Mitentscheidungsakt. Das ergibt sich aus der Unselbständigkeit dieser Beteiligung, die in dem Bescheid der Entscheidungsbehörde aufgeht, ohne selbst mit unmittelbarer Rechtswirkung einen Einzelfall gegenüber der Zivilperson zu regeln und ohne selbst die Entscheidungsbehörde in ihrer Entschließungsfreiheit einzuengen. Insofern wird der Zuständigkeitsbereich der Entscheidungsbehörde in diesem Fall nicht durch die Beteiligung der Mitentscheidungsbehörde beschnitten, und das Gericht kann daher mit Rechtskraft in vollem Umfang die Rechtslage überprüfen.[2]

---

2) Forts zu S.73:
Urteil des VG Frankfurt (BBauBl. 1958, S.141).
3) ebenso Menger in VwArch 53 (1962), S. 78,Anm.14.

---

1) Betreffs Streitgenossenschaft siehe Kapitel VII, § 16 a (S.143 ff.)
2) Da das BVwG die Zustimmung bezw. deren Versagung in § 9 Abs.2 BFstrG als Vwinternum ansah, kam es folgerichtig zu einem umfassenden PrüfungsR= siehe in LKT 1963, S.256.

Aufgrund dessen besteht überhaupt kein Bedürfnis, den Gedanken des Rechtsschutzes heranzuziehen, um die Verwaltungsakteigenschaft eines Mitentscheidungsaktes zu unterstreichen oder gar zu begründen, da der Kläger unabhängig vom Rechtscharakter dieser Beteiligungsformen in den Genuß des vollen Rechtsschutzes kommt [1].

β) Nichtverwaltungsintern wegen der Bindung der Gerichte an das Gesetz

FRIAUF [2] versucht den Verwaltungsaktscharakter einer Zustimmung bezw. deren Versagung mit einem Hinweis auf den Grundsatz der Gebundenheit der Gerichte an das Gesetz zu begründen oder zumindest zu stützen.

Dieser Grundsatz verschließe den Verwaltungsrichtern die Möglichkeit, die Entscheidungsbehörde in einem anhängigen Prozeß zur Erteilung einer Genehmigung zu verpflichten, ohne daß die vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Zustimmung vorliege. Daher bliebe eine Verpflichtungsklage gegenüber der Entscheidungsbehörde ohne Wirkungen, wenn nicht gleichzeitig die Mitentscheidungsbehörde verpflichtet werden könne, die notwendige Zustimmung zu erteilen. Das aber sei gem. § 42 Abs.1 VwGO nur möglich, w e n n m a n d e n M i t e n t s c h e i d u n g s a k t a l s V e r w a l t u n g s a k t e i n s t u f e .

---

1) So hat der Verweis auf den mangelnden Rechtsschutz nur dort seine Berechtigung, wo tatsächlich der Mitentscheidungsakt VA-charakter entfaltet.

2) siehe Friauf in DöV 1961, S. 666 (674); im Anschluß daran auch OVG Münster vom 11.2.1962 in DöV 1962, S. 833 (834).

Vergegenwärtigt man sich nun die Rechtslage bei einem Zustimmungsvorbehalt mit verwaltungsinternem und mit Verwaltungsaktcharakter, so trifft die Meinung FRIAUFs sicherlich für den letzteren Fall zu: dann ist nämlich das Verwaltungsgericht tatsächlich gehindert, in einem Prozeß nur gegen die Entscheidungsbehörde diese zur Erteilung der Genehmigung zu verpflichten, da die gesetzlich geforderte Voraussetzung der Zustimmung mit Verwaltungsaktcharakter noch nicht vorliegt und das Gericht nur über den zur Verhandlung stehenden Verwaltungsakt der Entscheidungsbehörde, nicht aber über den Zustimmungsvorbehalt mit Verwaltungsaktcharakter entscheiden kann [1]. So darf sich das Gericht nicht ohne weiteres über die fehlende Zustimmung hinwegsetzen, sondern hat lediglich darüber zu befinden, ob die von der Entscheidungsbehörde selbständig vorgebrachten Ablehnungsgründe berechtigt sind oder nicht. Darüber hinaus aber kann der Klage nur insoweit stattgegeben werden, als die Entscheidungsbehörde im Urteilsspruch zur nochmaligen Vorlage des Antrages an die Mitentscheidungsbehörde verpflichtet wird. [2]

Dieses Unvermögen des Gerichts, in einem Prozeß nur gegen die Entscheidungsbehörde diese zum Erlaß des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes zu verurteilen, ergibt sich jedoch erst als F o l g e des Verwaltungsaktcharakters des Mitentscheidungsaktes. Im Falle einer verwaltungsintern versagten Zustimmung dürfen nämlich sehr wohl die

---

1) Anders Heitzer, Diss.jur.Mainz 1961, S.1o7.
2) Siehe VG Wiesbaden v.23.12.1954, zitiert in dem Urteil des VG Frankfurt v.3o.4.1957 in BBauBl. 1958, S.141 (141).

Verwaltungsrichter die gesamte materielle Rechtslage überprüfen und die Entscheidungsbehörde verpflichten, den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakt zu erlassen, da dann die den Streitgegenstand bildende Entschließung der Entscheidungsbehörde die verwaltungsinterne Mitentscheidung mitumfaßt [1]; insofern taucht in diesem Falle für das Verwaltungsgericht auch gar nicht erst die Frage auf, ob sie nicht auch die Mitentscheidungsbehörde trotz ihrer verwaltungsinternen Entschließung verurteilen kann.
Wenn nun aber das Unvermögen des Gerichts, bei einer fehlenden Zustimmung mit Verwaltungsaktcharakter die Entscheidungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung zu verpflichten, sich erst als F o l g e des Verwaltungsaktcharakters der versagten Zustimmung ergibt. So darf man dieses nicht als ein den Verwaltungsaktcharakter b e g r ü n d e n d e s Argument ansehen; denn die Folge eines Tatbestandes darf niemals zu dessen Begründung herangezogen werden.

Diesen Fehler aber begeht FRIAUF, wenn er mit diesen prozessualen Gegebenheiten den Verwaltungsaktcharakter einer im Gesetz zwingend vorgeschriebenen Zustimmung, - und zwingend vorgeschrieben ist jeder gesetzliche Mitwirkungsakt unabhängig von dessen Rechtscharakter -, stützen oder gar begründen will.

δ) Nicht verwaltungsintern wegen klarer Abgrenzung der Verwaltungsräume

Da man die Folge eines Tatbestandes niemals zu dessen Begründung heranziehen darf, kann man auch nicht die Verwaltungsakteigenschaft der Mitentscheidungsakte mit dem Argument zu stützen versuchen, damit verbinde sich die rechtsstaatlich zu fordernde klare

1) Siehe auch Kapitel VI, § 12, 1 (β), S. 74 unter (2)

Abgrenzung der Verantwortung der zusammenwirkenden Behörden [1]; denn auch die mit der Qualifikation eines Mitentscheidungsaktes als Verwaltungsakt verbundene übersichtliche Trennung des Verantwortungsbereiches ist nur eine F o l g e. Sie ist aber nicht als ein rechtlicher Gesichtspunkt zu werten, der bei der Beurteilung einer Zustimmung oder eines Widerspruches eine Rolle spielen darf, zumal dieser Hinweis überdies r e c h t s p o l i t i s c h e r Natur ist.

ε) Nicht verwaltungsintern wegen prozessualer Verantwortlichkeit

Gewichtiger aber mag die Meinung FRIAUFS erscheinen [2], es entspreche einem, nach seiner Meinung aus § 78 Abs.1 Ziff. 1 VwGO ersichtlichen, ungeschriebenen G r u n d s a t z des Verwaltungsprozeßrechts, daß einzig und allein die nach außen hin zuständige Behörde ihre Entscheidung auch prozessual vertritt. Da der Gesetzgeber bei den bindenden Mitentscheidungsakten die Wahrnehmung einzelner Interessen möglicherweise aus dem Zuständigkeitsbereich der Entscheidungsbehörde ausgeklammert hat, trage daher die Mitentscheidungsbehörde auch dafür die Verantwortung und müsse deshalb auch in einem gesonderten Verwaltungsstreitverfahren als verantwortliche und

---

1) Vgl. Stich in DVBl. 1963, S.193 (198 unter V:Die Qualifikation der Mitentscheidungsakte im BBauG als Verwaltungsakte bietet den Vorteil einer klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten.

2) Siehe Friauf in DöV 1961, S.666 (673/674); Friauf führt dieses zwar im Zusammenhang mit der Ablehnung des Inzidentprüfungsrechts aus, gebraucht seine Darlegungen in der Folge seiner Untersuchung aber als Argument für den VA-Charakter des bindenden Zustimmungsvorbehaltes.

nach außen hin zuständige Behörde verklagt werden [1].

Gegen diese Meinung spricht entscheidend die Methodik, aus der Verantwortlichkeit der Mitentscheidungsbehörde die selbständige Anfechtbarkeit der Zustimmung bezw. deren Versagung mit zu begründen zu versuchen. Ob der Betroffene nämlich gegen das Verwaltungshandeln der mitwirkenden Behörde vorgehen kann, richtet sich allein nach dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes; nur wenn also die Mitentscheidungsakte unter die Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes subsumiert werden können, werden diese einer besonderen richterlichen Kontrolle in einem eigenständigen Prozeß unterworfen. Daher ist es methodisch nicht gerechtfertigt, unter anderem die gesonderte Anfechtbarkeit mit Merkmalen zu rechtfertigen, die zwar das Vorliegen eines Verwaltungsaktes vermuten lassen, für sich allein die Rechtserheblichkeit der Mitentscheidungsakte jedoch noch nicht bedingen.

Wenn FRIAUF [2] und ebenfalls SCHEERBARTH [3], STICH [4] und JUNG [5] im Hinblick auf das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [6] darüber hinaus zur Rechtfertigung des Verwaltungsaktcharakters der Mitentscheidungsakte anführen, es sei mit der " verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung" nicht zu vereinbaren, der Entscheidungsbehörde die Verantwortung vor Gericht für einen Mitentscheidungsakt aufzubürden, von deren Gesetzmäßigkeit sie möglicherweise nicht überzeugt ist, so

---

1) Im Anschluß daran auch Jung in NJW 1962,S.617(62o).
2) Siehe FRIAUF in DöV 1961, S.666 (673).
3) Scheerbarth, Allg.BauOR, § 151, S.251.
4) Stich in DVBl. 1963, S.193 (198) spricht allerdings nur von einem verwaltungspraktischen Vorteil.
5) Jung in NJW 1962, S.617 (62o) spricht ebenso vorsichtig aus: "Es wäre äußerst unbefriedigend,wenn ....".
6) Siehe BVwG v. 1o.5.1955 in NJW 1955,S.153o (1532).

kann auch dieser Meinung nicht gefolgt werden; gibt es doch im Verwaltungsrecht Fälle, wo in der Tat gerade die verklagte Behörde für eine Verwaltungshandlung einsteht, die sie zwar vorgenommen hat, aber dennoch für mangelhaft hielt. Es sind dies vor allem die Maßnahmen, die auf Weisung ergehen.

Hier muß die weisungsgebundene Behörde unter Umständen einen Verwaltungsakt erlassen, den sie zwar als rechtswidrig erachtet, und späterhin auch vor Gericht vertreten, obwohl sie letzthin die i n t e r n e Verantwortung nicht trägt.
Daher kann auch diesem Argument nicht so große Tragweite beigemessen werden, um gleichsam als Gegenbeweis des verwaltungsinternen Charakters der Mitentscheidungsakte bezw. als ein die Verwaltungsaktseigenschaft mitbegründendes Merkmal zu dienen.

Lassen sich darüber hinaus keine Argumente finden, die zwingend gegen den verwaltungsinternen Charakter der Mitentscheidungsakte sprechen, so darf auch die rechtliche Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, diese als verwaltungsintern einzustufen.

3) Argumente gegen die Mittelmeinung

So bleibt als letztes zu untersuchen, ob die Entschließungen der Mitentscheidungs- und Entscheidungsbehörde auch g e m e i n s a m einen Verwaltungsakt bilden können.
Diese Meinung hat der VGH MÜNCHEN zu § 49 KWG vertreten [1], wobei allerdings aus der Urteilsbegründung

1) Siehe VGH München v. 5.7.1956 in BayVBl 1956, S.313 ff. = VKBl. 1957, S.6o; ebenso VG Berlin v. 13.7.1954 in JR 1954, S.433 (434) betr. § 18 Abs.2 berlPlanungsG v. 22.8.1949 - VOBl.I,S.3o1; im Anschluß an BayVGH Stern in BayVBl.1957,S.86 Anm.8; offensichtlich auch Clasen in NJW 1959, S.752 (754): Beide Entschließungen werden in der Vereinigung ein einheitlicher Rechts- u.VA; wN siehe Heinze in VwArch 52, S.275, Anm.81.

nicht klar hervorgeht, inwieweit nur eine v e r f a h r e n s r e c h t l i c h e Zusammenfassung der beiden Entschließungen gemeint ist oder eine r e c h t l i c h e ; auf der einen Seite spricht nämlich das Gericht von einem " gemeinsamen" oder "gemeinschaftlichen" Verwaltungsakt der beiden Behörden, andererseits sind nach Auffassung des erkennenden Senats b e i d e Entschließungen, wenn auch nur gemeinsam, anfechtbar[1) 2)]. Anscheinend hat jedoch der VGH MÜNCHEN nur eine verfahrensrechtliche Koppelung im Auge. Das wird offenbar, wenn er in der Folge seiner Urteilsbegründung fortfährt, eine Verpflichtungsklage nur gegen die Entscheidungsbehörde scheitere, wenn nicht auch ihre Entschließung " ein Verwaltungsakt oder wenigstens Teil eines solchen sei". [3)]

Eine r e c h t l i c h e Zusammenfassung des Mitentscheidungsaktes und des Handelns der Entscheidungsbehörde zu einem einheitlichen Verwaltungsakt erweist sich auch rechtlich schlechterdings als unmöglich, da die Zuständigkeitsbereiche der zusammenwirkenden Behörden in diesem Fall nicht wie bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten identisch sind, sondern der der Entscheidungsbehörde weiter, der der Mitentscheidungsbehörde nur für einen bestimmten Bereich

---

1) siehe VGH München in BayVBl.1956, S. 313 (315).
2) Diese Unklarheit hat sich in der Folge in Rspr. u.Literatur bemerkbar gemacht: Das OVG Hamburg in DöV 1959, S. 546 (547) faßt es als rechtliche Zusammenfassung auf; ebenso Heinze in VwArch 52(1961), S. 275, während dessen Friauf (S.671) eine verfahrensrechtliche Kopplung meint.
3) siehe VGH München in BayVBl. 1956, S. 313 (315).

abgegrenzt ist; hat doch der Gesetzgeber die Mitentscheidung einer anderen Behörde nur deshalb gewählt, um eben ganz bestimmte, in sich abgeschlossene, öffentliche oder private Belange in besonderer Form zu wahren. So hat z.B. in den Vorschriften des BBauG die Gemeinde die besonderen planungsrechtlichen Gesichtspunkte zu beurteilen, während der Baugenehmigungs-, als Entscheidungsbehörde alle übrigen bauordnungsrechtlichen Belange zur Prüfung obliegen.

Gleichgültig nun, ob im Einzelfall der Zuständigkeitsbereich der Entscheidungsbehörde den der mitwirkenden Behörde mitumfaßt oder nicht, so läßt sich jedenfalls mit Sicherheit sagen, daß deren Wahrnehmungszuständigkeiten keinesfalls in der Regel in vollem Umfang identisch sind. Daher fassen die in Form der Zustimmung, der Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, des Widerspruches oder Einspruches zusammenwirkenden Behörden niemals eine gemeinschaftliche Entschließung, für die sie gemeinsam mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber der Zivilperson nach außen hin auftreten, sondern jede Behörde entscheidet über die ihr zur Prüfung obliegenden Belange, wobei die Mitentscheidungsbehörde nur ganz besondere Gesichtspunkte, die Entscheidungsbehörde alle übrigen oder gar auch die der beteiligten Behörde wahrzunehmen hat.

Entgegen den gemeinsamen Mitwirkungsakten stimmen also bei den Mitentscheidungsakten die Zuständigkeitsbereiche der zusammenwirkenden Behörden nicht überein: Während dort die Behörden in v o l l e m Umfang dieselben Gesichtspunkte überprüfen und eine gemeinsame Entscheidung erarbeiten, weichen bei den Mitentscheidungsakten entweder die Zuständigkeitsbereiche voneinander ab, d.h. die Gesichtspunkte, die der Entscheidungsbehörde zur Prüfung obliegen, dürfen von der Mitentscheidungsbehörde nicht ge-

prüft werden und umgekehrt, oder aber die Entscheidungs- darf auch Belange der Mitentscheidungsbehörde wahren, hat aber darüber hinaus Gesichtspunkte wahrzunehmen, deren Prüfung der Mitentscheidungsbehörde bei der zu fällenden Entscheidung verschlossen bleiben.

So liegt hier bei den Mitentscheidungsakten keine gemeinsame Entscheidung vor und folglich auch kein gemeinschaftlicher Verwaltungsakt [1], da sich im Gegensatz zu den gemeinsamen Mitwirkungsakten die Wahrnehmungszuständigkeiten n i c h t i n v o l l e m U m f a n g decken.

So bestehen bei der rechtlichen Beurteilung der Mitentscheidungsakte nur zwei Wege:
Entweder entfalten diese nur verwaltungsinterne Wirkungen, oder aber sie regeln mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber der Zivilperson einen Einzelfall, haben also Verwaltungsaktcharakter.

b) Lösungsvorschläge in Literatur und Rechtsprechung

Um im einzelnen eindeutig bestimmen zu können, wann denn nun ein Mitentscheidungsakt verwaltungsinternen oder Verwaltungsaktcharakter entfaltet, haben sich Literatur und Rechtsprechung bemüht, geeignete Kriterien zur Lösung dieser Frage aufzuzeichnen.

---

1) Ebenso ablehnend Heinze in VwArch.52 (1961), S. 275/276; Großmann in Diss.jur. Heidelberg 1964, S. 77/78 unter Punkt VII c; OVG Hamburg vom 28.8. 1958 in DöV 1959, S. 546 (547).

1. Der Lösungsvorschlag OBERMAYERs

OBERMAYER [1] versucht die g e s e t z l i c h geregelten Mitentscheidungsakte anhand der ihnen zugrundeliegenden Vorschriften rechtlich einzustufen. Handele es sich bei diesen um "Organisationsnormen", so könne sich das verwaltungsrechtliche Zusammenwirken nur im innerdienstlichen Bereich abspielen, ohne unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber einer Zivilperson zu entfalten.

Habe aber die den Mitwirkungsakt regelnde gesetzliche Vorschrift "Rechtssatzcharakter", so wirkt seines Erachtens die Mitentscheidung aufgrund dieser Tatsache unmittelbar nach außen; die mitentscheidenden Beteiligungen seien in diesem Fall Verwaltungsakte, wenn darüber hinaus deren erforderliche Wesensmerkmale erfüllt seien [2].

Voraussetzung für die Richtigkeit dieses Lösungsvorschlages ist die rechtliche Möglichkeit, daß auch Gesetze Vorschriften ohne Rechtssatzcharakter, also Regelungen enthalten, die V e r w a l t u n g s v o r s c h r i f t e n sind und deshalb gegenüber den im Verwaltungswege ergangenen Verwaltungsanordnungen nur den Vorzug des Vorbehaltes des Gesetzes genießen. Dieses muß man, wie bereits hervorgehoben, bejahen [3].

---

1) Vgl. Obermayer in "VA und i.RA", § 28 IV 2, S.132; derselbe in DVBl.1956, S.674 ff; im Anschluß daran auch VG Frankfurt in BBauBl.1958 S.141 (141); im Anschluß an Obermayer auch Stecher in DöV 196o, S.374 (376 unter III).
2) Vgl. Obermayer in "VA und i.RA", § 28 IV 2 und 3, S.132/133; derselbe in DVBl.1956, S.676 unter III.
3) Fleiner, Institutionen, § 4, S.66 mwN, insbes. in Anm.43.

Erweist sich diese von OBERMAYER getroffene Unterscheidung also als durchaus richtig, so können darüber hinaus an sich auch keine rechtlichen Bedenken entgegengehalten werden, da tatsächlich nur dann die Mitentscheidungsakte Außenwirkung entfalten können, wenn die zugrundeliegende gesetzliche Vorschrift Rechtssatzcharakter hat; andernfalls ist der interne Charakter offenkundig, da eine Verwaltungsvorschrift, mag sie auch in einem Gesetz geregelt sein, immer nur verwaltungsintern wirkt [1].

Jedoch ist die vorgeschlagene Lösung unvollkommen, da erst n a c h der Feststellung über den Rechtssatzcharakter der zugrundeliegenden Vorschrift die Lösungsschwierigkeiten beginnen. Das Vorliegen eines Rechtssatzes ist nämlich lediglich V o r a u s s e t z u n g für die Verwaltungsaktseigenschaft, beantwortet aber noch nicht die Frage, ob die einzelnen Beteiligungsformen tatsächlich unmittelbar einen Einzelfall regeln; vielmehr gibt die von OBERMAYER gewiesene Unterscheidung nur darüber Aufschluß, ob die Verwaltungsbehörden nicht nur intern, sondern auch der Z i v i l p e r s o n g e g e n ü b e r r e c h t l i c h z u m Z u s a m m e n w i r k e n verpflichtet sind.

Daher trägt der Lösungsvorschlag OBERMAYERs nur t e i l w e i s e dazu bei, den Rechtsscharakter der Mitentscheidungsakte zu entschlüsseln [2].

---

1) siehe Abschnitt 2 Kapitel V, § 1o, S.46.

2) Im Ergebnis ebenso Friauf in DöV 1961, S. 666 (668 unter II). - Frischmann-Weingart in DÖV 1962, S. 721 (723 unter II 2) lehnen die Meinung Obermayers " als nicht praktikabel" ab, weil durch diesen Lösungsvorschlag die Verwaltungspraxis überfordert werde. Sie verkennen indes, daß die Lösung Obermayers im Ansatz richtig ist; zudem ist ihre Begründung etwas fadenscheinig, sieht sich doch die Vwpraxis des öfteren gerade diesen Auslegungsproblemen - interne oder Rechtssatzvorschrift- gegenübergestellt, z.B. bei SonderVO.

2. Die Meinung MENGERs

MENGER stellt nicht auf die zugrundeliegende Vorschrift ab, sondern auf die Art des Zustandekommens der verwaltungsverbundenen Verwaltungsakte. Das liegt in seiner Unterscheidung in f o r m e l l e und m a t e r i e l l e Verwaltungsakte begründet [1].

Als materielle Verwaltungsakte sieht er all die Verwaltungshandlungen an, die auch von der h.L. als solche qualifiziert werden.
Formelle Verwaltungsakte umfassen dagegen nach seiner Definition all die Maßnahmen der an der Entscheidung des materiellen Verwaltungsaktes beteiligten Verwaltungsbehörden, die diesen erzeugen und bis zu der Gestalt weiter entwickeln, in der er Gegenstand eines Prozesses ist [2]. Seines Erachtens entsprechen nämlich auch diese Verwaltungshandlungen - also die formellen Verwaltungsakte - der von der Wissenschaft entwickelten, von Hans J. WOLFF klar gefaßten Definition des Verwaltungsaktes einmal, weil die einzelnen Entscheidungen der beteiligten Behörden, durch welche inhaltliche Veränderungen herbeigeführt werden, auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ergehen [3], und zum anderen, weil diese ebenfalls eine " Regelung eines Einzelfalles" beinhalten; bedeutet doch dieses Teilerfordernis des Verwaltungsaktes nicht, daß die zu treffende Entscheidung "selbst die Regelung darstellt, mit ihr identisch ist, sondern es genüge, daß sie der Regelung - wenn auch nur

---

1) siehe Menger, Rechtsschutz, § 33, S. 1o2-1o7.
2) siehe Definition des formellen VA bei Menger, Rechtsschutz, Schlußbetrachtung, S.26o unter A 2 b.
3) siehe Menger, Rechtsschutz, S.1o4.

mittelbar - dient". [1]

Nach MENGER unterliegen indes diese formellen Akte nur dann der richterlichen Kontrolle, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen formellen und materiellen Verwaltungsakten besteht [2].

Diese Voraussetzungen hält MENGER bei der Versagung der Zustimmung in § 9 Abs.2 BFStrG für gegeben. Zwar verbinde sich mit diesem Mitentscheidungsakt noch nicht eine Regelung eines konkreten Falles, aber es genüge für dessen Anfechtbarkeit, daß dieser der Erteilung der Baugenehmigung, der eigentlichen Regelung diene.[3] [4]

Da auch die Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, der Einspruch oder Widerspruch immer nur vom Ergebnis her gesehen der eigentlichen Regelung dienen, muß MENGER auch diese Beteiligungsform als formelle und damit anfechtbare Verwaltungsakte ansehen.[5]

---

1) siehe Menger, Rechtsschutz, S.1o5.
2) wie Anm. 1).
3) vgl. Menger in VwArch 5o (1959), S. 395 (396) in Bespr. d.Urteils des OVG Hamburg v. 28.8.1958 in MDR 1959, S. 522 ff.; ebenso in VwArch 55 (1964), S. 176 (177/178) in Bespr. des Urteils des BvwG v. 28.5.1963 in DVBl.1963, S. 815 ff. - NJW 1963, S. 2o88 ff.
4) Vgl. ebenfalls Urteilsbesprechung in VwArch 52 (1961), S. 1o8 zu OVG Saarlouis vom 18.3.196o (in DVBl.196o, S. 523 betr. § 79 Abs.4 saarl. BauG) mit Anm.59.
5) Es muß jedoch schon hier darauf hingewiesen werden, daß Menger in seiner Urteilsbespr. zu BVwG vom 23.1.1961 (in NJW 1961, S.1321 mit Anm. von W. Beyer betr. § 1 (1) Ziff. 1 PGAG) in VwArch 53 (1962),S.76 (78) einen anderen Lösungsvorschlag bringt, ohne von seiner Unterscheidung zwischen materiellen und formellen VAen Gebrauch zu machen: "Man wird daran festhalten müssen, daß das Mitwirken mehrerer Behörden am Erlaß eines VA dann als selbständig anfechtbarer VA anzusehen ist, wenn die in Betracht kommende Norm es der einen Behörde gestattet, eine Entscheidung zu fällen, die der anderen Behörde die Kompetenz nimmt, anderweitig über die Sache zu entscheiden." Diesen Lösungsvorschlag verwendet Menger aber nicht weiter:
Forts. S. 88.

Aufgrund dieser Aufteilung in formelle und materielle Verwaltungsakte findet MENGER eine einfache Lösung für die Anfechtbarkeit der Mitentscheidungsakte; ist doch nach seinem Lösungsvorschlag der Verwaltungsrichter der eigentlichen Problematik, ob der Mitwirkungsakt lediglich der Regelung d i e n t oder s e l b s t r e g e l t , enthoben, weil dann in jedem Fall die Zustimmung als formeller Verwaltungsakt anfechtbar ist.

Unter "Regelung" ist aber eine "einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhaltes" - also nicht ein V e r f a h r e n sondern dessen E r g e b n i s - zu verstehen.[1] Eine lediglich v o r b e r e i t e n d e, a l l e i n der Regelung d i e n e n d e Verwaltungshandlung kann niemals unmittelbare Rechtswirkung entfalten und deshalb auch niemals i.S. des Art.19 Abs.4 GG "eigene Rechte verletzen", sondern nur die darauf erfolgende Maßnahme. Jedoch kann eine der Regelung d i e n e n d e Verwaltungshandlung s e l b s t e i n e R e g e l u n g enthalten und insofern nach außen wirken, also eigene Rechte der Zivilperson verletzen.
Daher kann die Vollziehung des materiellen Verwaltungsaktes nicht schon deshalb ein Verwaltungsakt sein [2],

---

5) Forts. zu S.87:
vgl. spätere Urteilsbespr. in VwArch 54 (1963), S. 2o5 zu VG Darmstadt v. 17.7.1962 (abgedr. in DVBl. 1962, S.875 betr. § 9 (1) 2 HessForstG); ebenso in Urteilsbespr. in VwArch 56 (1965), S. 186 (189) hessVGH vom 2.8.1963 (abgedr. in DöV 1964, S. 744 - hier wieder Unterscheidung in formelle und materielle Vae; ebenso in Urteilsbespr. in VwArch 55 (1964),S.175 (177/178) Anm.

1) siehe Hans J. Wolff I, § 46 V a.

2) so aber Menger in Rechtsschutz, S.1o6 - die Vollziehung sei zwar kein materieller jedoch formeller VA, denn sie sei " gleichsam der letzte Akt des Dramas, welcher zur Regelung des konkreten Sachverhaltes abrolle".

weil sie zur Regelung der eigentlichen Verwaltungsmaßnahme dient, sondern weil sie ihrerseits wiederum eine Regelung enthält und damit möglicherweise unmittelbare Rechtswirkung entfaltet. So kann zwar eine Zustimmung der Erteilung der Baugenehmigung dienen, nur dann aber als Verwaltungsakt angesehen werden, wenn s i e s e l b s t e i n e R e g e l u n g e n t h ä l t, da nur in diesem Fall "eigene Rechte" der Zivilperson verletzt sein können.

Allein die Teilhabe eines Mitentscheidungsaktes an der Regelung berechtigt also noch nicht, diesen als Verwaltungsakt anzusehen; vielmehr muß der Mitentscheidungsakt selbst eine Regelung enthalten.

MENGER hat nun aber bei seiner Lösung keine Begründung angeführt, warum denn eigentlich die der Baugenehmigung dienende Zustimmung bezw. deren Versagung in § 9 Abs.2 BFstrG zugleich eine Regelung eines Einzelfalles enthält.

Daher läßt sich die Meinung MENGERs nicht zur Lösung des Problems verwenden.

3. Die Meinung HEINZEs

HEINZE [1] teilt die Verwaltungsakte in verschiedene Gruppen ein und prüft anhand dieser Einteilung, wann die Zustimmung bezw. deren Versagung, die Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, der Einspruch oder Widerspruch und auch die anderen Beteiligungsformen unmittelbare Rechtswirkung entfalten und damit Verwaltungsakteigenschaft haben und wann nicht. Er unterscheidet drei Formen von Verwaltungsakten [2]:

---

1) Vgl. Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 ff.
2) Vgl. Heinze in VwArch 52 (1961),S. 275 (280); auch in DöV 1962, S. 834 (836) in Urteilsbespr. zu OVG Münster vom 11.4.1962 ebenda.

Die "Verwaltungsakte expressis verbis ", die seines Erachtens nach ihrem ausdrücklichen Inhalt den Anspruch unmittelbarer Geltung erheben. Er zählt hierzu die Verfügungen, Gestaltungen und Feststellungen.
Die "Verwaltungsakte ipso facto", die gewollt oder ungewollt in Rechte einzelner unmittelbar eingreifen.
Die "Verwaltungsakte ipso iure", denen die Rechtsordnung ausdrücklich oder implizite, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ihre Wirkung im übrigen unmittelbare Rechtswirkungen verleihe.
Wenn die Mitwirkungsakte nicht schon als Verwaltungsakte " expressis verbis" anzusehen seien oder aber unmittelbare Rechtswirkung " ipso facto" entfalteten, so könne in der Regel ihre Verwaltungsaktsqualität " ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur (!)" nur "ipso iure" begründet sein. [1]
Das setze allerdings voraus, daß der Zivilperson ein subjektiv-öffentliches Recht auf Vornahme oder Unterlassen eines bestimmten Mitwirkungsaktes zustehe; denn in diesem Fall habe die Beteiligung stets unmittelbare Rechtswirkung für den Berechtigten.
Ein solches subjektiv-öffentliches Recht könne man aber nur dann annehmen, wenn die Mitwirkung vorwiegend und primär im Interesse der Zivilperson vorgeschrieben sei [2].
Aufgrund dieses letzgenannten Abgrenzungskriteriums- überwiegendes Individual- oder öffentliches Interesse- kommt HEINZE zu dem Ergebnis, die Anhörung der Hauptfürsorgestelle in § 35 Abs.2 SchwerBeschG [3] sei

1) Vgl. Heinze in VwArch 52(1961), S. 275 (283).
2) siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (283).
3) SchwerbeschG. id.F. v. 14.August 1961 (BGBl.III, Nr. 811 1; SaBl. S.1427).

nicht deshalb ein Verwaltungsinternum, weil es nur einer gutachtlichen Stellungnahme gleichkommt und insofern keine Regelung enthält, sondern weil diese Beteiligung vorwiegend im öffentlichen Interesse geschehe [1], die Zustimmung gem. § 12 Satz 3 RAnwO BrZ [2] sei nicht deshalb verwaltungsintern, weil sie keine Bindungswirkung entfaltet, sondern weil sie in erster Linie im Interesse des um seine Zulassung ersuchenden Rechtsanwaltes eingeschaltet sei[3]. Diese Überlegungen Heinzes begegnen grundlegenden Bedenken.

Zunächst bleibt unklar, ob HEINZE in seinen Ausführungen das subjektiv-öffentliche Recht im w e i t e r e n (formellen) oder im e n g e r e n (materiellen) Sinne im Auge hat [4]. Einmal spricht er nämlich von einem subjektiv-öffentlichen Recht "auf Vornahme oder Unterlassen eines bestimmten Mitwirkungsaktes" [5], und das deutet auf ein subjektiv-öffentliches Recht im engeren Sinne hin - , an anderer Stelle aber führt er aus, es sei durchaus ein subjektives Recht denkbar, das sich darauf beschränke, "die Mitwirkung einer bestimmten Behörde zu gewährleisten" [6], und das wiederum weist auf ein subjektiv-öffentliches Recht im weiteren Sinne hin, nämlich auf das Recht der Zivilperson, daß ein rechtlich zwingend vorgeschriebener Mitwirkungsakt überhaupt vorgenommen wird.

---

1) Siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (29o); das BVwG vom 8.7.1959 in E 9, S.69 ff vertritt zu Recht den gegenteiligen Standpunkt und erachtet die Anhörung vorwiegend zum Schutze der Interessen des Schwerbeschädigten.
2) Rechtsanwaltsordnung der Britischen Zone vom lo.3.1949 (VOBl. BrZ S.8o).
3) Siehe Heinze, ebenda S.287.
4) Zu dieser Unterscheidung siehe insbes. Wolff I, § 43 I c; § 43 III a 1 und § 43 III d 1; vgl. dazu auch Obermayer in "Staats- und VwR in Bayern", S.128 unter D I und II.
5) Siehe Heinze, ebenda, S.283.
6) Siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (283).

Hat HEINZE ein " volles subjektiv-öffentliches Recht" im Auge und meint er dieses allein daraus herleiten zu können, daß die Beteiligung vornehmlich im Interesse der Zivilperson eingeschaltet sei, so ist dieses insofern fehlsam, als solche subjektiv-öffentlichen Rechte nur kraft allgemeinen Rechtsgrundsatzes, kraft verfassungsgestaltender Entscheidung, kraft Gesetzes, das aber ausdrücklich dieses Recht hervorhebt, - wie z.B. in § 4 Abs.1 BSHG der Anspruch auf Sozialhilfe -, oder aber durch Verwaltungsakt bestehen [1], nicht aber allein durch die Tatsache begründet werden können,daß ein Mitwirkungsakt vorwiegend im privaten Interesse gesetzlich geregelt ist.

Selbst wenn man aber unterstellt, es bestehe ein Anspruch " auf Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten Mitwirkungsaktes" aufgrund seines Schutzes überwiegender Individualinteressen, so ist der logische Schluß HEINZEs von dem Vorliegen des Anspruches, -sprich subjektiv-öffentliches Recht im engeren Sinne -, auf den Verwaltungsaktscharakter des Mitwirkungsaktes unrichtig. Eine Verwaltungsmaßnahme, oder konkret ein Mitwirkungsakt, ist nämlich nicht schon deshalb ein Verwaltungsakt, weil darauf ein Anspruch besteht, sondern weil die Beteiligung selbst die Merkmale des Verwaltungsaktes erfüllt. Deshalb ist die Anhörung in § 35 Abs.2 SchwerbeschG nicht deshalb ein Verwaltungsinternum, weil kein Anspruch im materiellen Sinne auf diese Beteiligung besteht, sondern einzig und allein, - und nur deshalb-, weil die Anhörung als mehr oder weniger begutachtende Mitwirkung selbst keine Regelung enthält, sondern lediglich die Regelung durch die Entscheidungsbehörde vorbereitet.

---

1) vgl. Hans J. Wolff I, § 43 III d 3.

Geht HEINZE aber nicht von einem "engen", sondern von einem subjektiv-öffentlichen Recht im "weiteren" Sinne aus, - und darauf deutet nicht allein die oben zitierte Bemerkung hin, sondern auch das von HEINZE hervorgehobene Abgrenzungskriterium der überwiegenden Individual- gegenüber den öffentlichen Interessen-, so muß seine Meinung erst recht abgelehnt werden, denn dann hat die Zivilperson überhaupt keinen Anspruch auf Vornahme oder Unterlassen eines b e s t i m m t e n Mitwirkungsaktes [1], nur weil dieser in ihrem Interesse in das Verwaltungsverfahren eingeschaltet ist, sondern der einzelne hat nur einen f o r m e l l - r e c h t l i c h e n (Abwendungs-) A n s p r u c h, daß die beteiligte Behörde überhaupt mitwirkt.

Bezieht sich der Anspruch nur darauf, - und das dürfte allgemein für jeden Mitwirkungsakt zutreffen, gleichgültig, ob er im öffentlichen oder im Interesse des einzelnen rechtlich zwingend geregelt ist-, so kann man erst recht nicht daraus herleiten, ein Mitwirkungsakt habe deshalb Verwaltungsaktcharakter.

So erweist sich HEINZEs Lösungsvorschlag als nicht haltbar; vielmehr gilt es, den Rechtscharakter der Mitwirkungsakte allein anhand der typischen Merkmale des Verwaltungsaktes, zu denen sich auch HEINZE bekennt [2], zu ermitteln [3].

4. Die Lösung des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS

Das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [4] verneint grundsätzlich n i c h t die Möglichkeit, einen Mitentschei-

---

1) siehe auch Bachof, Gedächtnisschrift f. W.Jellinek, der die formellen s.ö.R abhandelt und zu Recht sagt: S.R. ist nicht gleich(scil.materiellen)Anspruchs. S.293 oder: Gerichtliche Verfolgbarkeit ist kein Wesensmerkmal des s.R.-S. 3o4.

2) siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (278).

3)

4) s. S.94.

dungsakt als Verwaltungsakt zu qualifizieren; vielmehr deutet es an, eine Zustimmung habe möglicherweise so selbständige Bedeutung, daß der beteiligten Behörde " die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte"übertragen sei [1]. In der Formulierung anders, dem Sinn nach ähnlich führt MENGER [2] aus, einen Mitwirkungsakt müßte man dann als anfechtbaren Verwaltungsakt ansehen,"wenn die in Betracht stehende Norm es der einen Behörde gestattet, eine Entscheidung zu fällen, die der anderen Behörde die Kompetenz nimmt, anderweitig über die Sache zu entscheiden."

Im Grunde erweist sich der vorgetragene Lösungsvorschlag des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTES als durchaus richtig, da von vornherein eine selbständige rechtliche Beurteilung des Mitwirkungsaktes fortfällt, wenn die Entscheidungsbehörde alle Gesichtspunkte überprüfen kann, die an sich die beteiligte Behörde wahrzunehmen hat. In diesem Fall nämlich kann die Entscheidungsbehörde aufgrund ihres allumfassenden P r ü f u n g s r e c h t e s die Auffassung der Mitentscheidungsbehörde abändern, so daß die Willensentschließung der beteiligten Behörde noch nicht eine abschließende Regelung beinhalten kann; nur wenn die

---

3) zu S.93: ebenfalls kritisch Menger in VwArch 55 (1964), S. 175 (181 Anm.3o); im Ergebnis ebenso ablehnend, allerdings mit anderer Begründung:Friauf in DöV 1961, S. 666 (671, Anm.62).

4) Vgl. BVwG v.1o.7.1958 in NJW 1959, S. 59o (59o)= DöV 1959, S. 61 (61) = BayVBl. 1959,S.88 (89); BVwG v. 23.1.1961 in E 12, S.2o (23) = DVBl.1961, S.375 (376) = NJW 1961, S.1321 (1322).

1)Dieser Argumentation haben sich angeschlossen:Maeng in BayVBl. 1959, S. 82 (83); Reiter in BayVBl.1959, S. 347 (348 unter I); Schuegraf in DVBl.1961,S.654 (656); derselbe in NJW 1961,S.1956(1957); Pietzonka, NJW 1961, S.1425 (1427);VG Münster v.12.12.196o in DVBl.1962,S.341 (342); OVG Münster v.11.4.1962 in DöV 1962,S.833 (834); Schütz in NJW 1963,S.215o.

2) s. S.95.

Mitentscheidungsbehörde wirklich bestimmte Gesichtspunkte ausschließlich wahrnimmt und aufgrund dessen der Entscheidungsbehörde die Möglichkeit zur Nachprüfung und Abänderung verschlossen bleibt, kann die Willensentschließung der Mitentscheidungsbehörde eine Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung enthalten.

Trotz dieses richtigen Ansatzpunktes verwerfen FRISCHMANN-WEINGART [1] die Meinung des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTES mit der Bemerkung, damit werde die bestehende Unsicherheit in der Beurteilung des Rechtscharakters der Mitwirkungsakte nicht beseitigt.

In der Tat kann die Formulierung des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTES nicht voll befriedigen; bleibt doch die Frage unbeantwortet, wann denn nun eine Zustimmung so selbständige Bedeutung hat; gerade auf diese Frage hätte das Gericht näher eingehen müssen. Daher kann zwar die dargelegte Auffassung dieses Verwaltungsgerichtes nicht als falsch oder abwegig bezeichnet werden; man muß sie aber wegen mangelnder Konkretheit ablehnen [2].

---

2) zu S.94: Menger in VwArch 53 (1962), S.78 in Urteilsbespr. des BVwG v. 23.1.1961; ähnlich auch Obermayer in DVBl.1958, S. 14o (141 unter 5) in Anm. zu Urteil des OVG Lüneburg vom 1o.1.1957 zu § 9 Abs.2 BFstrG.

1) siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (723 unter 2).

2) Ebenso ablehnend: Kratzer in BayVbl. 1959, S.9o (9o); Groeben in DVBl.1959, S. 757 (76o unter II).

5. Die Meinung FRISCHMANN-WEINGARTs

FRISCHMANN-WEINGART [1] erachten zunächst die Normierung des Mitentscheidungsaktes in einer für die Zivilperson verbindlichen Rechtsnorm als unerläßliche Voraussetzung, um diesen als Verwaltungsakt einstufen zu können.

Sicherlich erweist sich diese Forderung als notwendige Vorbedingung; darüber hinaus aber muß die Gesetzesvorschrift Rechtssatz- und nicht nur Organisationscharakter haben, da ansonsten dem Mitwirkungsakt von vornherein als interne Verwaltungsmaßnahme niemals unmittelbare Rechtswirkung zukommen kann [2]. Das übersehen die beiden Autoren, die ausdrücklich diese von OBERMAYER [3] getroffene Feststellung mit der Begründung ablehnen, mit dieser Unterscheidung - Rechtssatz- und Organisationscharakter - werde die Verwaltungspraxis überfordert und zusätzlich vor neue Auslegungsprobleme gestellt [4].

Weiterhin müssen nach FRISCHMANN-WEINGART die Mitwirkungsakte - um ihnen überhaupt eine Verwaltungsakteigenschaft zubilligen zu können - nicht nur "verfahrens-, sondern auch materiell-rechtlich bindend" in dem Sinne sein, daß sich die Entscheidungsbehörde nicht über das Votum der Beteiligten hinwegsetzen kann [5][6].

---

1) in DöV 1962, S. 721 (724 unter II 3 a).
2) siehe Abschnitt 1 Kapitel VI § 12 b 1 (S. 84)
3) siehe Obermayer in "VA und iRA", § 28 IV 2 und 3, S. 132/133; derselbe in DVBl.1956, S. 674 ff.; ebenso Friauf in DöV 1961, S. 666 (668 unter II 1).
4) siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (723 unter 2).
5) siehe Frischmann-Weingart,ebenda, S.724 unter 3 c.
6) als verfahrensrechtlich bindend sehen sie beispielsweise all die Vwmaßnahmen an, die ein VwVerfahren erst auslösen, so u.a. die Weisung der Regierung an die Kreisvwbehörde zur Einleitung und Durchführung des Zwangsabtretungsverfahrens in Bayern gem. Art. XIV Abs.2 bayZAD (v.17.11.1837 in byBS I, S.2o3)- s. Frischmann-Weingart, ebenda, S.732 unter 3 a.

Eine solch entscheidende Bedeutung messen neben den genannten Autoren auch Hans J. WOLFF [1], ULE [2], BACHOF [3], FRIAUF [4] und der HESS.VGH [5] der Bindungswirkung bei, während HEINZE [6], EYERMANN-FRÖHLER [7], GROEBE [8], GROSSMANN [9], HAUG [10], HEITZER [11] und das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [12] das verneinen. Zwar leugnen auch die Letzteren nicht die Möglichkeit eines

---

1) siehe Wolff I, § 46 II a; § 46 V c 3; Wolff II, § 77, V 3.
2) siehe Ule, VwGerichtsbarkeit, § 42 IV 1 g (S.142); derselbe in ZBR 1958, S. 2o9 (2o9/21o unter I 1) in Urteilsbespr.des LVG Köln v. 25.2.1958, ebenda.
3) siehe Bachof in JZ 1957, S. 431 (433 unter Nr.56); derselbe in DöV 1957, S. 243 (243) in Urteilsbespr. des BVwG v. 7.12.1956,ebenda; siehe auch Forsthoff, Fragen, S. 21 betr. bindenden Einspruchs.
4) siehe Friauf in DöV 1961, S. 666 (669 unter III).
5) siehe HessVGH v. 2.8.1963 in DöV 1964, S. 744 (745) zu § 36 BBauG., § 6 Abs.1 Hess.BauO betr. Einvernehmen der Gemeinde und der Bauordnungsbehörde.
6) siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (278).
7) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.56.
8) siehe Groebe in DVBl. 1959, S. 757 (761 unter III).
9) siehe Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964,S. 8o, für vwverbundene VAe mit Zustimmungsvorbehalt.
1o) siehe Haug in JuS 1965, S. 134 (136 unter 1 a).
11) siehe Heitzer in Diss.jur.Mainz 1961, S. 35/36.
12) siehe BVwG v. 28.5.1963 - I C 99/59 - in LKT 1963, S. 255 (257) = teilweise abgedruckt in E 16, S. 133 ff., und BVwG v. 17.9.1964 - I C 26/63- in NJW 1965, S. 166 (166), wo das Gericht ausdrücklich an der erstgenannten Entscheidung festhält; im Anschluß daran auch VGH Bad-Württ. v. 13.1.1964 in DöV 1964, S. 751 betr. § 19 BBauG; ebenso OVG Koblenz v. 12.12.1963 -1 A 4o/63- in DVBl. 1964, S. 538 (538), und OVG Koblenz vom 12.12.1963 -I A 22/63 - in DöV 1964, S. 745(746/747) zu §§ 33, 35 Abs.2 BBauG.

bindenden Mitwirkungsaktes, jedoch ist nach HEINZE die Wirkung in diesem Fall nur eine f a k t i s c h e , nicht aber eine rechtliche, da der Zivilperson durch die Beteiligung der anderen Behörde "noch nichts verboten oder geboten, nichts gewährt oder versagt wird". [1] Auch GROSSMANN [2] meint, ein bindender Mitentscheidungsakt habe nur eine " rein t a t s ä c h l i c h e Relevanz". Ebenso argumentiert das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, das die Versagung der Zustimmung in § 9 BFstrG für ein Verwaltungsinternum hält; habe doch hier die Bindung nur v e r f a h r e n s - t e c h n i s c h e Funktion mit der Folge, daß die eigentliche für den Baubewerber verbindliche Entscheidung erst durch die Baugenehmigungsbehörde getroffen werde [3].

Auf Grund dieser unterschiedlichen Meinungen konzentriert sich die Frage auf das Problem, ob tatsächlich die Bindungswirkung eines Mitwirkungsaktes so weitgehende Bedeutung hat, um sie als eine w e s e n t l i c h e V o r a u s s e t z u n g für die Verwaltungsaktqualität der mitentscheidenden Beteiligungsformen ansehen zu können.

c) Die Bindungswirkung

1) Wesen und Folgen der Bindung

Im Falle eines bindenden Mitentscheidungsaktes darf die Entscheidungsbehörde keine abweichende Meinung vertreten, sondern ist je nach dem Umfang der

---

1) siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (278).
2) siehe Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S. 80.
3) BVwG v. 28.5.1963 - I C 99/59 - in LKT 1963,S.255 (257) = teilweise abgedruckt in E 16, S. 133 ff.

Bindung an die Entschließung der Mitentscheidungsbehörde gekettet.

Hat daher die beteiligte Behörde einen bindenden Entschluß gefaßt, so wird bereits zu diesem Zeitpunkt der Zivilperson " etwas verboten oder geboten, etwas gewährt oder versagt; sie gewinnt schon dann Rechte oder büßt solche ein; es wird schon in diesem Augenblick etwas festgestellt oder die Rechtslage gestaltet" [1].

Dieses geschieht nicht erst bei dem Handeln der Entscheidungsbehörde, da diese für den bestimmten Teilbereich, dessen Prüfung der beteiligten Behörde obliegt, in voller inhaltlicher Übereinstimmung mit dem Mitentscheidungsakt handeln muß. Daraus erhellt, daß zum Zeitpunkt der Willensentschließung seitens der Mitentscheidungsbehörde nicht nur, wie HEINZE und GROSSMANN behaupten, eine f a k t i s c h e sondern auch eine r e c h t l i c h e W i r k u n g vorhanden ist; denn wie soll eine Verwaltungsmaßnahme einer gleichgeordneten Behörde nur eine faktische Wirkung haben, wenn eine rechtliche Abweichung nicht mehr möglich ist? Vielmehr ist, wie das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [2] bezüglich der Versagung der Zustimmung in § 9 Abs.2 BFStrG richtig ausführt, bereits zu diesem Zeitpunkt über das rechtliche Schicksal des Baugesuches entschieden.

Wenn aber schon in diesem Augenblick die Rechtslage abschließend geklärt ist - unabhängig von der Möglichkeit der Entscheidungsbehörde, zusätzliche Versagungsgründe

---

1) Dieser Satz stammt von Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (278), den er allerdings im gegensätzlichen Sinne gebraucht.

2) siehe BVwG v. 28.5.1963 -I C 247/58- in DVBl.1963, S. 815 (819) = NJW 1963, S. 2088 (2091).

anzuführen -, so kann auch schon hier die Zivilperson in ihren eigenen Rechten verletzt sein, und es ist nicht zutreffend, wenn das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [1] an anderer Stelle meint, i m V e r h ä l t n i s z u r Z i v i l p e r s o n bedeute die Versagung der Zustimmung noch nicht die Ablehnung des Bauantrages, wo doch eine andere Entschließung als die der Ablehnung der Baugenehmigung seitens der Entscheidungsbehörde g a r n i c h t m e h r m ö g l i c h ist. Wenn das Gericht dennoch eine andere Auffassung vertritt, so wird das nur von dessen Ausspruch her verständlich, " diese Auslegung des § 9 Abs.2 und 3 BFstrG entspreche den Anforderungen an einen für den Bürger möglichst u n k o m p l i z i e r t e n R e c h t s s c h u t z vor den Verwaltungsgerichten." [2]

2. Verwaltungsverbundene und auf Weisung ergehende Verwaltungsakte

Allerdings wird zum Zeitpunkt der bindenden Willensentschließung seitens der Mitentscheidungsbehörde die Zivilperson davon noch nicht in Kenntnis

---

1) siehe BVwG v. 28.5.1963 - I C 99/59- in LKT 1963, S. 255 (257).

2) siehe BVwG v. 28.5.1963 - I C 99/59- in LKT 1963, S.255 (257); ebenso BVwG v. 28.5.1963 - I C 247/58- in DVBl.1963, S. 815 (819 unter II, 1). Diese " Tendenz" des Gerichts, anscheinend den Rechtscharakter vom geeignetsten Rechtsschutz her zu beurteilen, offenbart noch mehr seine Auffassung in seinem Urteil I C 247/58: hier erachtete es die Zustimmung in § 9 Abs.2 BFStrG für ein Verwaltungsinternum, deren Versagung aber für einen Verwaltungsakt mit der Begründung, die Versagung als Verwaltungsinternum anzusehen, stehe mit einer vernünftigen Auffassung über den dem Bürger eingeräumten Rechtsschutz vor Vw-Gerichten nicht im Einklang. Insbesondere haben sich auch Körner in NJW 1964,S.12o f.; Menger in VwArch 55(1964), S. 175 ff. kritisch zu diesem Urteil geäußert.

gesetzt, da in der Regel erst die Entscheidungsbehörde kundgibt. Die Verwaltungspraxis ist also ähnlich gelagert wie bei den auf Weisung ergehenden Verwaltungsakten, wo ebenfalls die anweisende Behörde die eigentliche Entscheidung trifft, die Zivilperson aber erst durch Mitteilung der weisungsgebundenen Behörde von der Regelung erfährt.

Diese Tatsache mögen EYERMANN-FRÖHLER [1] und HAUG [2] dazu verleitet haben, die Mitwirkungsakte mit den internen Weisungen zu vergleichen. Es bleibt aber zu bedenken, daß bei den auf Weisung ergehenden Verwaltungsakten zwei im Über- und Unterordnungsverhältnis stehende Verwaltungsbehörden zusammenwirken, während bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten in der Regel die beteiligten Behörden in ihrer Entscheidung g l e i c h g e o r d n e t sind mit der Folge, daß eine Weisungsbefugnis der Entscheidungs- gegenüber der mitwirkenden Behörde oder umgekehrt nicht zusteht. Eine solche Regelung widerspräche auch dem Sinn und Zweck der bindenden Mitwirkungsakte, da nur bei voller Entschließungsfreiheit die beteiligte Behörde sinnvoll ihre gesonderten Interessen wahrnehmen kann. Diese gleichgeordnete Stellung der zusammenwirkenden Verwaltungsstellen wird auch durch eine Bindung nicht zerstört bleibt es doch der Entscheidungsbehörde in diesem Fall unbenommen, zusätzliche Versagungsgründe vorzubringen. Diese Möglichkeit aber steht der weisungs-

---

1) Siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.56.
2) Siehe Haug in JuS 1965, S.134 (136 unter 1 a).

gebundenen Behörde nicht offen.
Es ergibt sich also ein erheblicher Unterschied, der den Vergleich EYERMANN-FRÖHLER und HAUGs in keiner Weise rechtfertigt.
Diese Verschiedenheiten lassen sich bildlich etwa wie folgt verdeutlichen:
bei der auf Weisung ergehenden Verwaltungsakten handelt es sich um zwei konzentrische Kreise, bei denen die Impulse vom Innenkreis ausgehen, die Zivilperson aber erst dann erreichen, wenn sie den Außenkreis überschritten haben.
Bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten dagegen bestehen zwei hintereinander geordnete Kreise, von denen der hintere im Falle eines bindenden Mitwirkungsaktes über den vorderen hinweg Impulse ausstrahlt; nur wenn darüber hinaus die Entscheidungsbehörde ihr obliegende Versagungsgründe geltend macht, entwickelt auch der vordere Impulse, die die Zivilperson in ihren Rechten verletzen können.
Führt man sich diesen Vergleich vor Augen, vergegenwärtigt man sich insbesondere, daß im Falle eines bindenden Mitentscheidungsaktes diesem nicht nur faktische, sondern rechtliche Bedeutung zukommt und daß schon zum Zeitpunkt der Willensentschließung der Mitwirkungsbehörde die Zivilperson in ihren eigenen Rechten verletzt sein kann, so muß man im Ergebnis Hans J. WOLFF, ULE, BACHOF, FRIAUF, FRISCHMANN-WEINGART und dem Hess.VGH Recht geben, wenn sie der Bindungswirkung so weitgehende Bedeutung zumessen, um sie als wesentliche Voraussetzung für den Verwaltungsaktcharakter der Mitentscheidungsakte einzustufen.

3. Vorliegen einer Bindungswirkung

Dieses Ergebnis mag indes nur teilweise befriedigen, blieb doch bislang ungeklärt, wann denn nun ein Mitentscheidungsakt bindend ist und wann nicht. FRISCHMANN-WEINGART [1] wollen dieses der Wortbezeichnung der Mitwirkungsakte entnehmen; darüber hinaus sehen sie keine konkreten Anhaltspunkte, an Hand derer man eine Bindungswirkung feststellen kann. So billigen sie der Einvernehmungserklärung und der Zustimmung auf Grund des Sprachgebrauchs regelmäßig eine Bindungswirkung zu, während sie dieses zu Recht für die begutachtenden Mitwirkungsakte verneinen.

Ebensowenig aber, wie sich mit den einzelnen Beteiligungsformen ein festgefügter Rechtsinhalt verbindet, der die Feststellung erlaubte, die Mitentscheidungsakte seien grundsätzlich Verwaltungsakte, die begutachtenden Mitwirkungsakte dagegen immer Verwaltungsinterna, kann aus der Wortbezeichnung der einzelnen Beteiligungsformen auf das Vorliegen einer Bindung rückgeschlossen werden; es liegt nämlich einzig und allein in den Händen des Gesetzgebers, wann eine Zustimmung, eine Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, ein Widerspruch oder Einspruch bindend sein soll. Eine verallgemeinernde Feststellung aber, der Gesetzgeber habe allein durch die Wahl eines Mitentscheidungsaktes seinen Willen bezüglich der Bindungswirkung hinreichend zum Ausdruck gebracht, hieße dem Gesetzgeber ein nicht gerechtfertigtes Vertrauen in die Einheitlichkeit seiner Sprache entgegenbringen.

---

1) Siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962,S.721 (724 unter II 2 b).

So bleibt als Konsequenz, durch A u s l e g e n j e d e r e i n z e l n e n V o r s c h r i f t das Vorliegen einer Bindungswirkung festzustellen. Dabei gilt es, ein geeignetes Kriterium herauszufinden, das die Auslegung erleichtert.

Eine Bindungswirkung wird man grundsätzlich dann annehmen müssen, wenn der Gesetzgeber die Stellung der Mitentscheidungsbehörde weitestgehend verselbständigt und ihr die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben auferlegt hat. In diesem Fall hat sie für diesen gesonderten Bereich die alleinige Entscheidungsbefugnis. Auf Grund dieser alleinigen Geltendmachung der ihr obliegenden Belange bleibt der Entscheidungsbehörde keine Möglichkeit, die Auffassung der beteiligten Behörden n a c h z u - p r ü f e n .

Man wird sich daher stets fragen müssen, ob der Entscheidungsbehörde ein a l l u m f a s s e n d e s P r ü f u n g s r e c h t zusteht, das es ihr erlaubt, auch die Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die an sich nur der mitwirkenden Behörde obliegen.
Ergibt sich ein solches Prüfungsrecht für die Entscheidungsbehörde, so darf sie auch die Willensentschließung der beteiligten Behörde abändern, woraus erhellt, daß eine Bindung stets vorliegt, wenn die Entscheidungsbehörde die Gesichtspunkte der beteiligten nicht nachprüfen kann.
Die Frage nach der P r ü f u n g s k o m p e t e n z erweist sich also als geeignetes Kriterium, im einzelnen eine Bindungswirkung festzustellen [1].

---

1) Vgl. auch Friauf in DöV 1961, S.666 (669 unter III); Reiter in BayVBl. 1959, S.247 (248 unter I).

Zweifellos werden sich auch hierbei Schwierigkeiten ergeben, vor allem bei der Frage, ob der Gesetzgeber die Entscheidungsbehörde in vollem Umfang in ihrer Prüfungsbefugnis beschnitten hat (absolute Bindung) oder nur für den Fall eines ablehnenden Mitentscheidungsaktes (relative Bindung). Das zwingt dazu, kurz einen geeigneten Lösungsweg zu skizzieren. Auszugehen ist von vier Fragen:
(1) Welche Aufgaben hat die Mitentscheidungsbehörde wahrzunehmen?
(2) Können diese Aufgaben überhaupt in den Zuständigkeitsbereich der Entscheidungsbehörde fallen? Muß man letzteres verneinen, so wird in jedem Fall der Entscheidungsbehörde eine Prüfungskompetenz über die Entschließung der beteiligten Behörde nicht zustehen. Muß man dagegen die zweite Frage bejahen, so bleibt weiterhin zu untersuchen:
(3) Bleibt nicht dennoch der Entscheidungsbehörde die Möglichkeit verschlossen, den Entschluß der mitwirkenden Behörde nachzuprüfen, auch wenn sie von ihrem eigentlichen Aufgabenbereich her durchaus die Gesichtspunkte wahrnehmen könnte, deren Geltendmachung nunmehr der Mitentscheidungsbehörde auferlegt sind? Oder aber die Frage anders formuliert: Kann die Entscheidungsbehörde auf Grund ihres Aufgabenbereiches auch über die von der Mitentscheidungsbehörde zu beurteilenden Gesichtspunkte entscheiden?

Die Beantwortung dieser Frage wird sicherlich die meisten Schwierigkeiten bereiten. Man denke nur an die Vorschriften der §§ 14 Abs.2, 19 Abs.4, 31 Abs.2, 33, 35 Abs.2 und 36 BBauG, die ein Zusammenwirken von mehreren Behörden vorschreiben und die in Rechtsprechung und Literatur immer wieder die Frage auftauchen ließen [1], inwieweit die Baugenehmi-

---

1) Siehe zum Stand Meinungen für die Vorschriften des BBauG insbesondere Fickert in DVBl.1964 S.173 (174 mwN in Anm.5, 6 und 7).

gungsbehörde nach diesen Bestimmungen an die Entschließungen der mitwirkenden Behörde gebunden ist, obwohl sie aufgrund ihres Aufgabenbereiches an sich die von den Mitentscheidungsbehörden wahrzunehmenden Belange wohl ebenfalls überprüfen könnte.

Richtschnur zur Beantwortung dieser Frage wird sein, ob der Mitentscheidungsbehörde für die Beurteilung der ihr zur Prüfung obliegenden Gesichtspunkte ein E r m e s s e n s - oder n i c h t ü b e r p r ü f b a r e r B e u r t e i l u n g s s p i e l r a u m eingeräumt ist, der es der Entscheidungsbehörde aus dem Charakter einer Ermessensentscheidung oder einer Entschließung mit einem nichtüberprüfbaren Beurteilungsspielraum verbietet, auch die Gesichtspunkte der Mitentscheidungsbehörde nachzuprüfen.

Nach Überprüfung dieses Gesichtspunktes, ob und inwieweit das Gesetz oder die Gemeinverordnung der Mitentscheidungsbehörde bei ihrer Entschließung einen Ermessens- oder nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumt, läßt sich auch die vierte Frage beantworten:

(4) Hat der Gesetzgeber die Stellung der mitwirkenden Behörde soweit verselbständigt, daß die Entscheidungsbehörde in jedem Fall den Mitwirkungsakt n i c h t überprüfen kann, oder trifft dieses nur für den ablehnenden Mitentscheidungsakt zu?
Legt man sich diese vier Fragen vor, so wird man anhand der einzelnen Gesetzesvorschrift durch Auslegung ermitteln können, ob der Gesetzgeber die Entscheidungsbehörde in vollem Umfang in ihrer Prüfungsbefugnis beschnitten hat (absolute Bindung) oder nur für den Fall eines ablehnenden Mitentscheidungsaktes (relative Bindung).

d) Kurze Zusammenfassung

Ein Mitentscheidungsakt kann also unter bestimmten Voraussetzungen Verwaltungsaktcharakter haben.

Voraussetzung ist, daß nicht nur eine Verwaltungsverordnung das Erfordernis der Zustimmung, der Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, des Widerspruches oder Einspruches vorschreibt, sondern daß diese Mitentscheidungsakte in einem f o r m e l l e n Gesetz oder einer G e m e i n v e r o r d n u n g verankert sind, denen R e c h t s s a t z- und nicht nur Organisationscharakter zukommen. Darüber hinaus müssen die Mitentscheidungsakte für die Entscheidungsbehörde B i n d u n g s w i r k u n g entfalten, was davon abhängt, inwieweit dieser ein P r ü f u n g s r e c h t auch für die Gesichtspunkte zusteht, die von der mitwirkenden Behörde wahrgenommen werden.

Abschnitt 2, Kapitel VI

§ 13: Der Rechtscharakter der begutachtenden Mitwirkungsakte

Bei den begutachtenden Mitwirkungsakten gestaltet sich die Bestimmung des Rechtscharakters einfacher; vergegenwärtigt man sich nämlich den Sinn und Zweck einer Anhörung, eines sich ins Benehmen Setzens, des unter Beteiligung oder nach Beratung Handelns, einer begutachtenden Stellungnahme oder eines gutachtlichen Vorschlages, so soll vor allem die Mitwirkungsbehörde ihre Fach- und Spezialkenntnisse, ihre Erfahrungen der Entscheidungsbehörde unterbreiten, um letzthin jener die Entschließung zu erleichtern. So dient die begutachtende Beteiligung der Entscheidungsbehörde gleichsam als B e u r t e i l u n g s g r u n d l a g e mit dem Ziel, eine sachverständige und alle Gesichtspunkte berücksichtigende Entscheidung zu treffen [1].

Aufgrund dieser Tatsache wird in keiner Weise die Entscheidungsbehörde in ihrer Zuständigkeit eingeschränkt oder eingeengt; vielmehr obliegt dieser bei diesen Beteiligungsformen ein umfassendes und uneingeschränktes Prüfungsrecht, ohne im einzelnen an die Auffassung der beteiligten Behörde gebunden zu sein. Das bedeutet zugleich, daß aufgrund dieser mangelnden Bindungswirkung die begutachtenden Mitwirkungsakte lediglich v e r w a l t u n g s i n t e r n e

---

1) Zum Wesen des Gutachtens siehe auch Friauf in DöV 1961, S. 666 (668 unter II 2).

W i r k u n g e n entfalten[1].
Das läßt sich allerdings n i c h t a l s G r u n d s a t z , sondern nur als R e g e l f a l l aussprechen; beweist doch die Vorschrift des § 4 Abs.3 SchwbschG a.F. [2], daß ein (negativ) begutachtender Mitwirkungsakt durchaus auch mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber einer Zivilperson einen Einzelfall regeln kann: Nach dieser gesetzlichen Bestimmung mußte die Hauptfürsorgestelle der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung die Doppelanrechnung eines Schwerbeschädigten vorschlagen; ohne diesen Vorschlag konnte die Bundesanstalt von vornherein nicht entscheiden, und insofern wurde die Rechtslage mit der ablehnenden Haltung der Hauptfürsorgestelle abschließend mit unmittelbarer Rechtswirkung geregelt. So entfaltete das Handeln der begutachtenden Mitwirkungsbehörde k o n s t i t u t i v e W i r k u n g e n und war als Verwaltungsakt

---

1) Siehe auch Hans J.Wolff II, § 77 V d 2 - unverbindliche Stellungnahmen - Anhörung, Benehmen, Vorschläge machen, nach Beratung handeln; auch Frischmann-Weingart in DöV 1962, S.721 (724) insbes. zu gutachtlicher Stellungnahme, Anhörung und Benehmen; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42,Anm.26 betr.Gutachten; Klinger, VwGO, Anm.E I 2 f (S.189) zu § 42 betr.gutachtlicher Stellungnahme; Ule, VwGerichtsbarkeit, Anm.IV 1 g (S.142) zu § 42; derselbe in VwProzeßrecht, Anhang zu § 32 I 7 (S.98/99) betr. gutachtlicher Äußerung; OVG Münster v.11.4.1962 in DöV 1962, S.833 (833) betr. Anhörung; OVG Münster v.12.3.1957 in E 12, S.161 Leitsatz = DöV 1958, S.716 betr. Anhörung; VG Darmstadt v.17.7.1962 in DVBl.1962, S.875 (876 unter 4 a, b) betr. Benehmen und Anhörung (BVwG v.8.7.1959 in E 9, S.69 = DöV 1959, S.716 betr.Anhörung); vgl. auch Menger in VwArch 56 (1965), S.186 (189).

2) Siehe SchwbschG a.F. v.16.6.1953 (BGBl.I,S.389).

einzustufen [1].

§ 14: Der Rechtscharakter der informierenden Mitwirkungsakte

Die informierenden Mitwirkungsakte hingegen entfalten g r u n d s ä t z l i c h niemals Verwaltungsaktcharakter; erscheint es doch hier von vornherein zweifelhaft, ob man überhaupt von einer Mitwirkung sprechen kann; vielmehr handelt es sich bei diesen Beteiligungsformen, - wie eingangs erwähnt [2] - um ein Zusammenwirken i m w e i t e r e n S i n n e , woraus erhellt, daß in jedem Fall die volle Entscheidungsbefugnis der Entscheidungsbehörde unangetastet bleibt.

---

1) So auch Bachof in JZ 1958, S. 243 (243) in Anm. zu Urt. des BayVGH v. 8.11.1956 in DöV 1958,S.241; Ule in ZBR 1958, S. 2o9 (21o); Sellmann in BB 1954, S. 8o6 (8o7); Menger in VwArch 48 (1957), S. 352 (353); ebenso Hess.VGH in ES VGH 5,S.153; VG München in BB 1955, S. 1o89; anderer Meinung Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S. 5o/51 unter III, der aus Gründen der Prozeßökonomie es ablehnt, die Verweigerung des Vorschlags als VA einzustufen. Anders auch BVwG v. 8.7.1964 in DöV 1964, S.776 (777/778) zu der Ablehnung des Jugendamtes, gem. § 4 Abs.3 JSchG dem Kreisordnungsamt einen Vorschlag zu machen; es erachtet also die Haltung des Jugendamtes für ein Vwinternum entsprechend der Regel bei den begutachtenden Mitwirkungsakten.

2) siehe Abschnitt 1 Kapitel II § 1 a (S.3).

Abschnitt 3

Kapitel VII : Rechtliche Konsequenzen bezüglich der Fehlerhaftigkeit bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten

§ 15: Fehlerquellen bei den gesetzlich vorgeschriebenen verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten

So bleibt als letztes zu untersuchen, welche Fehler bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten auftreten und welche Folgen sich daraus ergeben. Dabei soll allerdings nicht von den Fehlerquellen die Rede sein, die ohnehin bei Erlaß eines jeden Verwaltungsaktes möglich sind, sondern nur von denen, die g e r a d e a u s d e r B e s o n d e r h e i t d e r M i t w i r k u n g einer anderen Behörde herrühren.

Bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten ergeben sich nun drei besondere Fehlerquellen:

(1) Der Mitwirkungsakt wird ü b e r h a u p t n i c h t e i n g e h o l t, obwohl es die Rechtslage gebot.

(2) Die Entscheidungsbehörde erkennt zwar das Beteiligungsverhältnis, zieht jedoch eine u n z u s t ä n d i g e B e h ö r d e zur Mitwirkung heran.

(3) Die Entscheidungsbehörde wirkt zwar mit der zuständigen Behörde zusammen, wendet aber den Mitwirkungsakt f e h l e r h a f t an.

Diese Mängel sind jedoch nur dann rechtserheblich, d.h. sie erzeugen nur in den Fällen die Fehlerhaftigkeit im weiteren Sinne, wenn ausdrücklich ein Gesetz oder eine Gemeinverordnung die Mitwirkung vorschreibt; ist die Entscheidungsbehörde lediglich aufgrund einer Verwaltungsvorschrift angehalten, die Mitwirkungsbehörde zu beteiligen, so bleibt aufgrund des verwaltungs-

internen Charakters einer Verwaltungsvorschrift die fehlerhafte Mitwirkung unerheblich und berührt die Rechtmäßigkeit der verwaltungsverbundenen Verwaltungsakte nicht [1].

Da aber auch Gesetze Mitwirkungsakte enthalten, die lediglich einer internen Verwaltungsanordnung gleichstehen und deshalb nicht rechtlich zwingend die Beteiligung vorschreiben, erscheint es auf den ersten Blick notwendig, auch hier die gesetzlich festgelegten Beteiligungsformen in Mitwirkungsakte mit Rechtssatz- und Organisationscharakter zu unterscheiden.

Das ginge aber zu weit; denn - wie das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT zu Recht ausführt [2], - ließe es sich mit Art. 19 Abs.4 GG schwerlich vereinbaren, wenn zwar die Rechtsbeziehungen zwischen Zivilpersonen und den Behörden sachgerecht geordnet seien, der Betroffene indes eine ihn belastende, unter Mißachtung der gesetzlichen Vorschriften getroffene Maßnahme mit der Begründung hinnehmen müßte, der verletzten Vorschrift fehle der Rechtscharakter. Diese Überlegung rechtfertigt daher die einheitliche Beurteilung aller gesetzlich normierten Beteiligungsverhältnisse bezüglich ihrer Fehlerhaftigkeit.

---

1) Vgl. Hans J.Wolff I, § 5o II a 2; siehe auch Heitzer, Diss.jur.1961, 2.Kapitel, S.88/9o; Köhler, VwGO § 113 B VII 1 (S.842); Obermayer in DVBl. 1958, S. 14o (141 unter 4) in Anm. zu Urteil d. OVG Lüneburg in DVBl.1958, S.138; Haueisen in NJW 196o, S.1881 (1883) mwN in Anm.28; Groebe in DVBl.1959, S. 757 (762 unter IV); Frischmann-Weingart in DöV 1962, S.721 (729 unter II 8); Kienapfel in DöV 1963,S.96 (99); OLG Oldenburg v. 12.5.195o in DVBl.1951, S. 19 (21 mit wN aus der älteren Rechtsprechung); OVG Lüneburg v.19.3.1954 in E 9, S.456 (456 2.Halbsatz)= DVBl.1954,S.547 Forts.S.113.

§ 16: Arten der Fehlerhaftigkeit

Anerkanntermaßen können Fehler eines Verwaltungsaktes nur zu dessen Mangelhaftigkeit oder Nichtigkeit führen [1].

a) Schwebende Unwirksamkeit

Verschiedentlich hat man nun im Schrifttum insbesondere bei einer fehlenden Zustimmung oder Einvernehmenserklärung [2] die Meinung vertreten, dieser Mangel begründe nicht eine Mangelhaftigkeit oder gar Nichtigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes, sondern führe nur zu dessen schwebender Unwirksamkeit; erst wenn sich die endgültige Versagung der Zustimmung herausstelle, habe dieses die Nichtigkeit der Entschließung der Entscheidungsbehörde zur Folge [3].

Das zwingt zu einer kurzen Erörterung, ob man in diesem Zusammenhang die im BGB gültige Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit anwenden darf, ob man also überhaupt von einem schwebendunwirksamen Verwaltungsakt sprechen kann.

---

1) Forts. zu S.112:
(547); BVwG v.4.11.196o in E 11, S.195 (199) = DöV 1961, S.3o2 (3o3); a.A. wohl Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (295).

2) Siehe BVwG v.4.11.196o in E 11, S.195 (199/2oo mwN) = DöV 1961, S.3o2 (3o3) = DVBl.1961, S.286 (288) = VwRspr.13, S.533 (537) unter Berufung auf E 2, S.163 (166).

1) Siehe Hans J.Wolff I, § 51 I b 1 und 2.

2) Das ist Fehlerquelle (1).

3) Siehe Köhler, VwGO, § 113 B I 1 (S.842) im Anschluß an VGH Stuttgart v.17.4.1958, 1 S.273/56; Clasen in NJW 1959, S.752 (754) unter Berufung auf Peters, Lehrbuch der Vw, S.167; wN siehe bei Clasen, S.754, Anm.4; Böhm in BauVw 1958, S.4oo; Scheerbarth, BauOR, § 151, S.25o.

Vergegenwärtigt man sich die Definition des Verwaltungsaktes, hält man sich insbesondere das Merkmal der "Regelung eines Einzelfalles" vor Augen, so wird deutlich, daß diese rechtliche Konstruktion eines schwebend unwirksamen Verwaltungsaktes ein Widerspruch in sich selbst ist [1]; Regelung ist nämlich eine " einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhaltes" [2], also e t w a s A b g e s c h l o s s e n e s bezw. das Ergebnis einer verwaltungsbehördlichen Willensentschließung; schwebende Unwirksamkeit dagegen kennzeichnet einen Schwebezustand, a l s o e t w a s n o c h n i c h t A b g e s c h l o s s e n e s . So beinhaltet diese von KÖHLER, SCHEERBARTH und CLASEN gewählte Konstruktion eines schwebend-unwirksamen Verwaltungsaktes zugleich einen Schwebe- und Endzustand für die gleiche Rechtslage, eine Kopplung, die logisch wie rechtlich im Verwaltungsrecht nicht denkbar ist [3]. Daraus erhellt, daß ein Verwaltungsakt niemals schwebend unwirksam sein kann; vielmehr muß man entweder die Entschließung einer Verwaltungsbehörde als Verwaltungsakt qualifizieren, oder aber das Verwaltungshandeln ist noch nicht beendet und kann deshalb auch nicht als Verwaltungsakt angesehen werden. Überdies muß man folgendes berücksichtigen:

---

1) So auch Kienapfel in DöV 1963, S. 96 (98 unter 7).
2) siehe Hans J. Wolff I, § 46 V a.
3) Allenfalls könnte man an die im BGB geltende Rechtsfigur der relativen Unwirksamkeit denken.

Wertet man eine Entschließung einer Verwaltungsbehörde selbst bei fehlender Mitwirkung als Verwaltungsakt - und das tun ja auch die genannten Autoren, wenn sie von einem Verwaltungsakt, wenn auch schwebend-unwirksam sprechen, so muß die Zivilperson diese hoheitliche Willensäußerung mit Ausnahme eines nichtigen Verwaltungsaktes beachten. Das beinhaltet zugleich das Recht des Betroffenen, im Falle eines begünstigenden Verwaltungsaktes auf die Wirksamkeit der Verwaltungshandlung zu vertrauen, und bei einem belastenden Verwaltungsakt die Pflicht, bis zur Einlegung eines Rechtsmittels die für ihn nachteiligen Folgen des Verwaltungsaktes in Kauf zu nehmen.
Wollte man aber bei einer fehlenden Mitwirkung eine schwebende Unwirksamkeit annehmen, so befände sich der Betroffene für eine unbestimmte Zeit bis zur endgültigen Klärung der Haltung der beteiligten Behörde über die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes im Ungewissen [1], ein Umstand, der unbedingt dem rechtsstaatlichen Gedanken der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes widerspräche; dürfte doch so die Zivilperson bei einem begünstigenden Verwaltungsakt nicht darauf vertrauen, die Verwaltungsbehörde habe ihr wirksam einen Vorteil zuteil werden lassen, und im Falle eines belastenden Verwaltungsaktes brauchte sie die Verwaltungsmaßnahme nicht zu beachten mit dem berechtigten Einwand, dieser mangele es noch an der notwendigen Wirksamkeit.

b) Mangelhaftigkeit und Nichtigkeit

Aus diesen Gründen wird man ausschließlich an den anerkannten Fehlerarten im Verwaltungsrecht -Mangelhaf-

---

1) siehe auch Kienapfel in DöV 1963, S.96 (98 unter 7).

tigkeit und Nichtigkeit - festhalten müssen [1], wobei sofort die Frage auftaucht, nach welchem Kriterium nun die Unterscheidung zu treffen ist, wann das eine oder das andere zutrifft.

§ 17: Maßstäbe zur Abgrenzung eines mangelhaften und nichtigen Verwaltungsaktes

a) Die verschiedenen Theorien

Im Ausgangspunkt ist man sich in Literatur und Rechtsprechung über die Abgrenzung eines nichtigen und mangelhaften Verwaltungsaktes einig, indem man besonders schwere Fehler inhaltlicher und verfahrensmäßiger Art, "die einen Schutz des Vertrauens in die Autorität und Rechtskenntnis der erlassenden Behörden nicht mehr rechtfertigen", als nichtig ansieht [2].

Wie man jedoch im einzelnen die besonders schwerwiegenden und leichteren (normalen) Fehler voneinander abgrenzt, ist streitig.
Während der BUNDESGERICHTSHOF [3] keine besonderen Grundsätze aufstellte, sondern vom Einzelfall her entschied, ob der Fehler besonders schwer erscheint, vertritt FORSTHOFF [4] die sogen. teleologische Methode; auch er stellt keine allgemeine Regel auf, entscheidet auch nicht wie der BUNDESGERICHTSHOF vom Einzelfall her; vielmehr untersucht er t y p i s c h e F e h l e r q u e l l e n und beurteilt für jede wesentlich gleichliegende Fehlergruppe, ob sie Nich-

---

1) Ebenso ablehnend: Thomas in DVBl.1959,S.763(763 unter II); Groebe in DVBl.1959, S.757 (762 unter IV); Frischmann-Weingart in DöV 1962,S.721 (728 unter II 8); Kienapfel in DöV 1963,S.96(98 unter 8).
2) siehe Hans J.Wolff I,§ 51 I b 1; ebenso Forsthoff, § 12, 1, S.2o8; Eyermann-Fröhler,Anhang zu § 42,2.
3) siehe BGHZ 21/294.
4) siehe Forsthoff, § 12 1, S. 2o8 ff.

tigkeit oder nur Mangelhaftigkeit nach sich zieht. Die als herrschend zu bezeichnende subjektive Evidenztheorie hingegen nimmt Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nur dann an, wenn seine Rechtswidrigkeit offenkundig ist, bildlich ausgedrückt, wenn er seine Fehlerhaftigkeit gleichsam " auf der Stirn trägt" [1], wobei sofort kritisch bemerkt werden muß, von wessen Warte denn nun das Vorliegen der Offenkundigkeit zu beurteilen ist.

Um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei Anwendung der zu unbestimmten reinen Schweretheorie im Sinne FORSTHOFFs oder der subjektiven Evidenztheorie ergeben, vertritt Hans J. WOLFF [2] im Anschluß an W.JELLINEK die Unmöglichkeitstheorie.

b) Die Unmöglichkeitstheorie von Hans J. WOLFF

Auch nach Hans J.WOLFF ist zu prüfen, ob der Fehler schwer und offenkundig ist; wann dieses aber zutrifft, bestimmt sich nicht nach der Auffassung des Beurteilenden, sondern ergibt sich aus einem Vergleich des Verwaltungsaktes mit der objektiven Rechtsordnung. So führen seines Erachtens Fehler bei der Subsumtion des Lebenssachverhaltes unter die Voraussetzungen des gesetzlichen Tatbestandes grundsätzlich nur zur Mangelhaftigkeit [3], Fehler aber bei der Konkretisierung

---

1) so insbes. auch für das hier zur Diskussion stehende Gebiet der fehlerhaften vwverbundenen VAs s. Kienapfel in DöV 1963, S. 96 (97/98 unter 6 nwN in Anm.31). Leider hat auch EVwVerfG 1963 in § 34 Abs.1 die subjektive Evidenztheorie aufgenommen: Ein VA ist nichtig, so weit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist".

2) siehe Wolff in MDR 1951, S.523 ff.; Verwaltungsrecht I, § 51 I b 3 und 4.

3) vgl. Wolff in MDR 1951, S. 523 (525); Wolff I, § 51 IV a.

der abstrakten Rechtsfolge im Rechtssatz durch den "Tenor" des Verwaltungsaktes grundsätzlich zur Nichtigkeit [1].

Diese Theorie hat den unbedingten Vorteil, dem Beurteiler einen o b j e k t i v e n Maßstab in die Hand zu geben und nicht nach den unbestimmten Begriffen wie "schwerer Mangel", "grober Rechtsverstoß" und " offenkundig" den Grad der Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes beurteilen zu müssen.
Zwar mag BENDER [2], nach dessen Auffassung sich die Beantwortung der Frage - aufhebbarer oder nichtiger Verwaltungsakt - mehr nach dem Maß der "Rechtswertwidrigkeit" richtet [3], zugestanden werden, daß ein schwerer Subsumtionsfehler u.U. einen gröberen Verstoß gegen den Gerechtigkeitswert darstellt als der Ausspruch einer Rechtsfolge, die sich nicht aus einem Gesetz rechtfertigt [4]; andererseits aber bleibt zu bedenken, daß das erheblich größere Maß an Rechtssicherheit, das Hans J.WOLFF mit der Unmöglichkeitstheorie erreicht, auch dem "Rechtswert" dient und insofern gerade dem von BENDER aufgezeichneten Gedanken der"Rechtswertwidrigkeit" mehr entgegenkommt als die subjektive Evidenztheorie; tritt doch bei Anwendung dieser Theorie in jedem zu lösenden Einzelfall die nicht immer einfache Frage nach der Offenkundigkeit auf, während bei der Unmöglichkeitstheorie die von BENDER aufgezeichneten Schwierigkeiten Einzelfälle bleiben.

---

1) Vgl. Wolff in MDR 1951, S. 523 (525); Verwaltungsrecht I, § 51 III a; im Anschluß an Wolff ebenso BGHZ 4/3o2 (3o6); OVG Münster in E 13, S. 182(19o).
2) siehe Bender in DVBl.1953, S.33 (35/36), und in Verwaltungsrecht § 14 I 3 b;§§ 1o4 - 1o6.
3) siehe Bender in DVBl.1953, S.33 (35).
4) siehe Bender in DVBl. 1953,S.33 (36).

Daher erweist sich die Unmöglichkeitstheorie als das geeignetere Kriterium zur Abgrenzung der nichtigen und mangelhaften verwaltungsverbundenen Verwaltungsakte.

§ 18: Fehlerhaftigkeit bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten im einzelnen

a) Mangelnde Beteiligung der Mitwirkungsbehörde

So soll zunächst die "typische" [1] Fehlerquelle bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten behandelt werden, nämlich wenn die Entscheidungs- die Mitwirkungsbehörde nicht beteiligt, obwohl es die Rechtslage gebietet, sei es, daß sie das Beteiligungsverhältnis völlig übersieht, sei es, daß sie in Verkennung der Rechtslage eine Mitwirkung nicht für notwendig erachtet.

1. Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten

Haben Verwaltungsbehörden rechtlich zwingend in Form der gemeinsamen Mitwirkungsakte nach außen hin zusammenzuwirken, so fehlt einer jeden Behörde die Zuständigkeit, den Verwaltungsakt allein zu erlassen [2]. Ihr Verhältnis zueinander ist also gleichsam verzahnt, da die eine Behörde nicht ohne die andere entscheiden darf.
So wird bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten angesichts dieser engen rechtlichen Verpflichtung kein Sachverhalt denkbar sein, bei dem nach den gesetzlichen Vorschriften eine Zuständigkeit nur einer Behörde für die gemeinsam zu treffende Entschließung

---

1) so Kienapfel in DöV 1963, S. 96 (97 unter 5).
2) siehe auch Groschupf in DVBl.1962, S. 627 (631 unter IV 2 mit Anm.44).

begründet sein kann. Wenn daher eine beteiligte Behörde dennoch die Entscheidungsbefugnis an sich reißt, so verletzt sie damit eine absolute Zuständigkeitsregelung, die die Nichtigkeit des ergangenen Verwaltungsaktes nach sich zieht. [1]

Dieses Ergebnis empfiehlt sich auch dadurch, daß sonst eine der beteiligten Behörden trotz der g e m e i n s a m e n Mitwirkung die alleinige Entscheidungsbefugnis an sich reißen und einen, wenn auch mangelhaften Verwaltungsakt erlassen könnte, der von der Zivilperson t r o t z d e r a b s o l u t e n Z u s t ä n d i g k e i t s v e r l e t z u n g beachtet werden müßte.

2. Bei den mitentscheidenden Mitwirkungsakten

Das OVG KOBLENZ [2] hält das Fehlen eines bindenden Mitentscheidungsaktes für unbeachtlich, sofern die Entscheidungsbehörde nach der gesamten Sach- und Rechtslage rechtmäßig entschieden habe. Das Gericht mißachtet also das gesetzliche Erfordernis der Mitentscheidung und hält allein für maßgebend, eine dem materiell objektiven Recht entsprechende Entscheidung zu fällen.

Gegen diese vom OVG KOBLENZ und auch von SCHRÖDTER[3] vertretene Auffassung lassen sich die von MENGER

---

1) siehe Hans J. WOLFF I, § 51 III b 3 ß; §§ siehe auch Heitzer, Diss.jur.Mainz 1961, S. 91; RGZ 11o/1o3 (1o9): unwirksam, wenn gemeinschaftliche Vornahme fehlt. Auch die subjektive Evidenztheorie dürfte wohl bei diesem engen Beteiligungsverhältnis Nichtigkeit annehmen.

2) OVG Koblenz v. 12.12.1963 in DVBl.1964, S. 539 (539), und ein zweites Urteil gleichen Datums in DöV 1964, S. 745 (747).

3) Vgl. Schrödter, BBauG von 1964, § 36 Rdnr. 7.

in seiner eingehenden Besprechung aufgeführten Argumente anführen [1].

Auch die Formvorschriften, die ein Zusammenwirken von verschiedenen Verwaltungsbehörden beim Erlaß eines verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes vorschreiben, dienen der Verwirklichung fundamentaler rechtsstaatlicher Anliegen. So liegt gerade in einer Mitwirkung - wie von MENGER zu Recht hervorgehoben[2] bereits für jede Zivilperson ein gewisser Rechtsschutz, weil durch die Beteiligung mehrerer Verwaltungsbehörden eine umfassende Prüfung des zur Entscheidung stehenden Sachverhaltes gewährleistet sein soll. Daher darf man eine rechtlich zwingend vorgeschriebene, aber unterlassene Mitentscheidung nicht ohne weiteres unberücksichtigt lassen und dem Gericht die Befugnis einräumen, durch seinen Urteilsspruch die fehlende Mitwirkung zu ersetzen, da dann der durch die Beteiligung der Zivilperson vorab eingeräumte Rechtsschutz mißachtet wird.

Darüber hinaus bleibt der Zivilperson, sofern man der Meinung des OVG KOBLENZ folgt, im Verwaltungsprozeß die Möglichkeit verschlossen, ein zusätzliches Angriffsmittel geltend zu machen, nämlich die Verletzung der formellen Verfahrensvorschriften zu rügen, deren Beachtung aber - und darauf weist wiederum MENGER hin [3] - nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 zwingend vorgeschrieben wird.

---

1) siehe Menger in VwArch 56 (1965), S. 186 ff.(191/192).
2) siehe Menger in VwArch 56 (1965), S. 186 (192).
3) siehe Menger, ebenda, S. 191.

Daher muß man die vom OVG KOBLENZ und SCHRÖDTER vertretene Meinung ablehnen und eine Fehlerhaftigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes bei einer unterbliebenen Mitentscheidung annehmen.
Allerdings wird der Grad der Fehlerhaftigkeit in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Während FORSTHOFF [1], MARSCHALL [2], NEBINGER [3], GROEBE [4] und das PREUSS.OVG [5] bei einer fehlenden Beteiligung der Mitentscheidungsbehörde Nichtigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes annehmen, erachten OBERMAYER [6], ULE [7], EYERMANN-FRÖHLER, [8] FICKERT [9], GROSSMANN [10] und der BUNDESGERICHTSHOF

---

1) siehe Forsthoff,Lehrbuch, § 12 2 c (S.218).
2) siehe Marschall, BFstrG, § 9,Anm.4 mwN (S.388).
3) siehe Nebinger,Verwaltungsrecht AT, § 12 E c(S.21c).
4) siehe Groebe in DVBl. 1959, S. 757 (762 unter IV).
5) siehe PreußOVG v. 13.6.1933 in E 91/5o (56 - fehlende Zustimmung führt zur Nichtigkeit); siehe auch Drews, PrPolR I, AT, Anm. X 3 (S.97/98); auch wohl Klinger, VwGO, § 42,F II c (S.171).
6) siehe Obermayer in JZ 1956, S. 625 (627).
7) siehe Ule, Die Lehre vom VA im Lichte der Generalklausel, S.26o (287).
8) siehe Eyermann-Fröhler, VwGO, Anhang zu § 42,Anm.7 mwN.
9) siehe Fickert in DVBl. 1964, S. 173 (175 unter I 2 c und S.177 II 1 c) unter irrtümlicher Berufung auf Forsthoff.
10) siehe Großmann in Diss.Jur.Heidelberg 1964,S.87/88 unter VIII bei fehlender Zustimmung.
11) siehe BGHZ v. 21.6.1951 in E 2/315 (319) - interne Zustimmung (BGHZ v. 29.11.1951 in E 4/71 (8o); ebenso nehmen nur Mangelhaftigkeit an: Schütz-Frohberg, BBauG, § 14, Anm.5 im Anschluß an BVwG vom 21.1.1954 in E 1, S. 67 (69) und Anm.5 zu § 19; Krüger in Betrieb 1955, S.7o (72 unter III 4); Thomas in DVBl.1959, S.763 (764 unter II); Knaup-Ingenstau, BBauG, § 31 (S.88 - fehlendes Einvernehmen); Kohlhammer-Grauvogel, BBauG, § 36,Anm.3 d; Jung in NJW 1962, S.617 (62o unter Berufung auf BVwG v. 21.1.1954 in E 1, S.67 = NJW 1954,S.734/35, das zu den sogen."gesetzlosen"Verwaltungsakten Stellung nahm. Aus der Rechtsprechung: siehe RFH v. 2o.12.1928 in JW 1928, S.19o1 (19o1-mangelnde Zustimmung); OLG Oldenburg v. 12.5.195o in DVBl. 1951, S.19 (21 mit zustimmender Anm. v.Schack, ebenda); Forts. S.123.

die Entschließung der Entscheidungsbehörde als mangelhaft.

Den letztgenannten Autoren wird man sicherlich von vornherein in den Fällen Recht geben müssen, in denen die Entscheidungsbehörde ein allumfassendes Prüfungsrecht besitzt, und demzufolge der Mitentscheidungsakt für sie keinerlei Bindungswirkung entfaltet; bleibt doch aufgrund dessen die volle Entscheidungsbefugnis trotz der rechtlich vorgeschriebenen Mitwirkung unberührt, woraus erhellt, daß die Entscheidungsbehörde keinesfalls bei einem nichtbindenden Mitentscheidungsakt eine absolute Zuständigkeitsregelung verletzt, wenn sie nicht vorher die Einvernehmens- oder Einverständniserklärung oder die Zustimmung einholt, oder aber es unterläßt, der Widerspruchs- oder Einspruchsbehörde ihre Entschließung vorzulegen.

Bei den bindenden Mitentscheidungsakten erscheint es hingegen zweifelhaft, ob man nur Mangelhaftigkeit annehmen kann, zumal hier der Gesetzgeber einen bestimmten Sachbereich der Prüfung der Mitentscheidungsbehörde anheimgegeben und der Zuständigkeit der Entscheidungsbehörde entzogen hat.

So nehmen denn auch FRISCHMANN-WEINGART [1) 2)] anhand der subjektiven Evidenztheorie Nichtigkeit der bindenden Mitentscheidungsakte an.

---

11) zu S.122.Forts:
VGH Stuttgart v. 8.7.1949 in DVBl.195o, S.182 (184); VGH München v. 29.3.1951 E 4,nF, S.28 (33);OVG Münster v. 19.7.196o in BBauBl.1961, S. 228(229) unter I b.

1) siehe Frischmann-Weingart in DöV 1962, S.721 (728 unter II 8)bei Anwendung der subjektiven Evidenztheorie.

2) Ebenso Heitzer,Diss.jur.1961, S.86-87.

Vergegenwärtigt man sich nun die Rechtslage bei den relativ-bindenden Mitentscheidungsakten, so entfaltet nur die ablehnende Entschließung der Mitentscheidungsbehörde Bindungswirkung, also nur die Versagung der Zustimmung, des Einvernehmens oder Einverständnisses, der Einspruch oder Widerspruch; nur für diesen Fall fehlt der Entscheidungsbehörde ein umfassendes Prüfungsrecht; nur dann ist sie in ihrer Entscheidungsbefugnis eingeschränkt. Bei einer zustimmenden Haltung dagegen bleibt ihr Zuständigkeitsbereich unberührt, d.h. bei Erteilen der Zustimmung, dem Herstellen des Einvernehmens oder Einverständnisses ist die Entscheidungsbehörde allein zuständig. Demnach ist bei den relativ bindenden Mitentscheidungsakten ein Sachverhalt denkbar, wo die Entscheidungsbehörde allein die Entschließung trifft.
Das zwingt zugleich zur Annahme eines nur m a n g e l h a f t e n und nicht nichtigen verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes, wenn bei einem relativ bindenden Mitentscheidungsakt die Mitwirkung unterbleibt.

Bei den absolut bindenden Mitentscheidungsakten dagegen ist die Mitentscheidungsbehörde in jedem Fall, gleichgültig, ob der Mitwirkungsakt positiv oder negativ ausfällt, gebunden. Das ließe möglicherweise den Schluß zu, daß die Entscheidungsbehörde immer im Fall der unterbliebenen Mitwirkung die Zuständigkeitsregelung verletzt.
Sie muß aber nur dann die andere Behörde beteiligen, s o f e r n e s d i e R e c h t s l a g e g e b i e t e t , was wiederum bei allen bindenden Mitentscheidungsakten nur zutrifft, wenn sie nicht schon selbst aus den ihr zur Prüfung obliegenden Gesichtspunkten ablehnen will; dann, aber auch nur dann

verpflichtet sie das Gesetz zur Beteiligung der Mitentscheidungsbehörde [1].
So ist also auch bei den absolut bindenden Mitentscheidungsakten ein Fall denkbar, wo tatsächlich die Entscheidungs- die Mitentscheidungsbehörde nicht zur Mitwirkung heranzuziehen braucht. Aufgrund dessen führt eine rechtlich gebotene, aber dennoch unterlassene Mitwirkung einer Mitentscheidungsbehörde auch bei den absolut bindenden Mitentscheidungsakten nur zur Mangelhaftigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes.

Zu diesem Ergebnis muß man auch wohl bei allen mitentscheidenden Mitwirkungsakten nach der subjektiven Evidenztheorie kommen, denn keinesfalls ist die mangelnde Mitwirkung der Mitentscheidungsbehörde bei den komplizierten Vorgängen des Zusammenwirkens von Verwaltungsbehörden so offenkundig, um sagen zu können, der erlassene Verwaltungsakt trage die Nichtigkeit gleichsam auf der Stirn [2].
So legt denn auch der die subjektive Evidenztheorie befürwortende Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 ausdrücklich in § 34 Abs.3 Ziff. 4 fest, ein Verwaltungsakt sei nicht schon deshalb nichtig,weil die nach einer Rechtsvorschrift

---

1) siehe z.B. VGH München v. 5.7.1956 in BayVBl. 1956, S. 313 (315 unter c); ebenfalls auch Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (725 unter II 3 b aa).

2) so mit ausführlicher Begründung zu den im BBauG festgelegten Mitentscheidungsakten "Zustimmung" und "Einvernehmen" siehe Kienapfel in DöV 1963, S.96 (98 f. unter 8 insb. unter 8 c) unter Anwendung der subjektiven Evidenztheorie.

erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde unterblieben sei.

3. Bei dem begutachtenden Mitwirkungsakt

Hier bereitet es ebensowenig Schwierigkeiten, den Grad der Fehlerhaftigkeit zu bestimmen, wie bei den nicht-bindenden Mitentscheidungsakten; bleibt doch bei einer "Anhörung", einer "gutachtlichen Stellungnahme", einer "Beratung" oder bei einem "sich ins Benehmen setzen" die alleinige Zuständigkeit der Entscheidungsbehörde unberührt. So spielt sich die Mitwirkung im internen Verwaltungsbereich ab, und die unterbliebene Beteiligung führt nicht zu einer absoluten Zuständigkeitsverletzung. Das bedeutet zugleich, daß die ohne Mitwirkung getroffene Entschließung bei den begutachtenden Mitwirkungsakten nur mangelhaft und nicht nichtig ist [1].

---

1) siehe Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 51 IV b 5 - bei interner Mitwirkung; Ule, Die Lehre vom VA im Lichte der Generalklausel, S. 26o (287 betr. Anhörung); Redecker v.Oertzen, VwGO, § 42, Anm.45 betr. Anhörung; Grabendorff in ZBR 196o, S. 97 (99 unter III mwN - Anfechtbarkeit bei belastenden VAen, wenn "Mitwirkung" unterblieben ist); Friauf in DöV 1961, S.666 (668/669 unter II 2 - bei allen nicht-bindenden Mitwirkungsakten fehlerhaft, nicht nichtig); Frischmann-Weingart in DöV 1962, S. 721 (729 unter II 8); Landmann-Rohmer - Eyermann-Fröhler, GewO, § 35 Abs.4, Anm.1o3; Knoll in DöV 1958, S. 357 (36o-361 unter 3 setzt " nach Beratung" = "Anhörung" hinsichtlich fehlender Bindung. Wenn Beratung nicht erfolgt, idR Anfechtbarkeit - S.36o unter2-Nichtigkeit, wenn Anfechtung keine Wirkungen hat); BSG vom 17.2.1956 in E 2, S. 2o1 (21o); OVG Münster, Beschluß v. 5.12.1956 in VKBl.1957, S. 3o9 (3o9); LSozG BadWürtt. vom 3o.9.1957 in DöV 1958, S. 392 (392); BVwG v. 8.7.1959 in E 9, S.69 (72 nwN - fehlende Anhörung) = DVBl. 1959, S. 747 (747) - irrtümlich bei Schunck-De Clerck, VwGO, unter Nichtigkeit aufgeführt-s. § 42, Anm.2 C, ff, 3; auch Heitzer,Diss.jur. Fort. S.127.

4. Bei den informierenden Mitwirkungsakten

Hier bleibt die unterbliebene "Beteiligung" ohne Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der verwaltungsverbundenen Verwaltungsakte, da man gar nicht von einem eigentlichen Beteiligungsverhältnis und schon gar nicht von einer Mitwirkungspflicht sprechen kann.

5. Aufrechterhaltung mangelhafter verwaltungsverbundener Verwaltungsakte

Erachtet man nun die verwaltungs-verbundenen Verwaltungsakte nur als mangelhaft, wenn die Entscheidungsbehörde den b e g u t a c h t e n d e n oder m i t e n t s c h e i d e n d e n Mitwirkungsakt n i c h t e i n g e h o l t hat, so taucht die Frage auf, inwieweit diese Mitwirkung n a c h g e h o l t und der mangelhafte verwaltungsverbundene Verwaltungsakt g e h e i l t werden kann.

Dabei muß sofort bemerkt werden, daß im Widerspruchsverfahren eine Heilung immer möglich sein wird mit der Wirkung, daß der verwaltungsverbundene Verwaltungsakt von Anfang an rechtmäßig ist. Dieses läßt sich, wie LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER zu Recht ausführen [1], aus § 79 Abs.1 Ziff. 1 VwGO herleiten, der aufgrund seines Wortlautes -"Gegenstand der Anfechtungsklage ist der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat" - insofern auf die Einheit des Verwaltungsverfahrens hinweist.

---

1) Forts. zu S.126: Mainz 1961, S.85 oben und S.88; Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S. 47 unter IV mwN in Anm.28 bei fehlender Anhörung.

1) siehe Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, § 35 Abs.4 - Anhörung -, Anm. 1o3.

Problematisch wird die Frage der Heilung erst im Verwaltungsstreitverfahren, in dem der Kläger ausdrücklich die mangelnde Mitwirkung rügt.
Während FORSTHOFF [1] in einer allgemein gehaltenen Bemerkung betont, "Unterlassungen könnten durch spätere Nachholung geheilt werden", konkretisiert HEINZE [2] diese Möglichkeit dahingehend, daß weder Sinn oder Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift eine v o r g ä n g i g e Beteiligung fordern noch der verwaltungsverbundene Verwaltungsakt infolge der unterbliebenen Mitwirkung nichtig sein dürfe. Mit der letzteren Bemerkung bezüglich der Heilung von nichtigen verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten hat HEINZE sicherlich recht, während die erste von ihm aufgestellte Voraussetzung zwar auch richtig, aber nicht scharf genug präzisiert ist; vielmehr gilt es, aufzuzeichnen, wann denn nun "Sinn oder Wortlaut" eine vorgängige Beteiligung fordern und demzufolge eine nachträgliche Heilung verbieten.
Zu Recht stellt das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [3] auf den jeweiligen S c h u t z z w e c k der einzelnen Mitwirkung ab und erachtet deshalb die

---

1) siehe Forsthoff, Lehrbuch, § 12 c (S.218);(auch der VGH München in E 5 nF, S.28 (33) nimmt ohne weiteres eine Heilung des fehlenden Einvernehmens im Verwaltungsstreitverfahren an).
2) siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (295).
3) siehe BVwG v. 8.7.1959 in E 9, S.69 (72 unter Hinweis auf BVwG E 5, S.18); auch BVwG v. 4.11.1960 in E 11, S. 195 (205) = MDR 1961, S.441 (443)= DVBl. 1961, S. 286 (289) = DöV 1961, S. 302 (305) = VwRespr. 13, S.533 (541). Im Anschluß daran auch Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 51 V b 1; Kienapfel in DöV 1963, S.96(99 Anm. 39).

unterbliebene Mitwirkung in § 35 Abs.2 SchwbG als nicht heilbar, weil die nachträglich herbeigeführte Mitwirkung der Hauptfürsorgestelle "nicht in gleicher Weise den der Beteiligungsverpflichtung zugrundeliegenden Erwägungen" - nämlich hinreichend die berechtigten Belange eines Schwerbeschädigten zu wahren - "Rechnung trägt wie eine gesetzestreue Verwaltungsausübung" [1].

Der S c h u t z z w e c k des jeweiligen Mitwirkungsaktes für die Zivilperson bildet also ein geeignetes Kriterium, um im einzelnen feststellen zu können, ob "Sinn oder Wortlaut" eine vorherige Beteiligung fordern und daher eine nachträgliche Heilung verbieten.

Damit sich aber der Kläger im Verwaltungsstreitverfahren auf die mangelnde Heilungsmöglichkeit berufen kann [2], wird es nicht genügen, daß der Mitwirkungsakt

---

1) Anders Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (29o).

2) Siehe aber Groschupf in DVBL. 1962, S. 627 (633/34 unter IV 4) mit seinem Hinweis, " der Kläger werde sich gerade in diesen Fällen überlegen müssen,ob er den nichtheilbaren Verfahrensfehler rügen solle; denn er müsse damit rechnen, daß die Behörde den VA im ordnungsgemäßen Verfahren mit dem gleichen Ergebnis wiederhole. Eine sachliche Beurteilung des VA - soweit möglich- nütze ihm jedenfalls mehr als die Aufhebung nur wegen eines Verfahrensfehlers. Wiederhole die Behörde den VA im Laufe des VwProzesses ohne Verfahrensfehler,- und das habe das BVwG in E 11, S. 195 (2o7) für zulässig erachtet -, so könne der VwProzess unter Einbeziehung des neuen VA fortgesetzt werden, da der Streitgegenstand der gleiche geblieben sei". - Im Falle eines begünstigenden vwverbundenen VA wird der Kläger von vornherein die mangelnde Mitwirkung nicht rügen,wobei aber gleichzeitig in diesen Fällen die Frage auftauchen wird, inwieweit sich dagegen die übergangene Behörde wehren kann - vgl. dazu Kienapfel in DöV 1963, S.96 (1o1 unter 8 d) hinsichtlich der Vorschriften im BBauG mwN in Anm.73; siehe auch Kohlhammer-Grauvogel, BBauG, § 36, Anm.3 d.

neben dem Schutz öffentlich-rechtlicher Belange auch die Interessen der Zivilperson schützen soll; vielmehr wird man eine Heilung des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes durch nachträgliche Beteiligung nur dann vemeinen müssen, wenn der Schutzzweck des Mitwirkungsaktes für den Betroffenen a l s e v i d e n t h ö h e r zu bewerten ist als der Schutz öffentlich-rechtlicher Belange. Sollen also durch die Mitwirkung neben den Interessen der Zivilperson vorwiegend öffentlich-rechtliche durch die Beteiligung gewahrt bleiben, so kann die unterbliebene Mitwirkung auch noch im Verwaltungsstreitverfahren nachgeholt werden.

b) Beteiligung einer unzuständigen Behörde

Neben dieser "typischen" Fehlerquelle ist aber auch noch eine andere bei den verwaltungsverbundenen Verwaltungsakten denkbar; nämlich wenn die Entscheidungsbehörde zwar die Beteiligungspflicht der Mitwirkungsbehörde erkennt, indes mit einer unzuständigen Behörde zusammenwirkt.
Einerseits wird man sich schwerlich vorstellen können, daß der Grad der Fehlerhaftigkeit anders zu beurteilen ist, als bei einer unterbliebenen Mitwirkung; läuft doch im Grunde die Beteiligung einer unzuständigen Behörde im Ergebnis darauf hinaus, als habe die Entscheidungsbehörde überhaupt jegliche Mitwirkung unterlassen, so daß in beiden Fällen dem Sinn und Zweck eines jeden Mitwirkungsaktes nicht entsprochen wird. Andererseits bleiben die Fälle zu bedenken, wo ein Zusammenwirken der Entscheidungsmit der unzuständigen Behörde "angesichts des objektiven Rechts unter keinen denkbaren Lebensumständen

als zulässig" [1] erachtet werden kann, was nach der Unmöglichkeitstheorie zur Nichtigkeit führt, so etwa wenn die Entscheidungsbehörde eine verbands- bezw. ressort-unzuständige Behörde zur Mitwirkung heranzieht.
Daher wird man im einzelnen wie folgt die Fehlerart beurteilen müssen:

1. Bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten

Zieht bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten eine Behörde eine zwar unzuständige, aber ressort- bezw. verbandsgleiche Behörde zur Mitwirkung heran, so wird der verwaltungsverbundene Verwaltungsakt nur mangelhaft sein; während bei einer Beteiligung einer ressort- bezw. verbandsungleichen Behörde Nichtigkeit vorliegt.

2. Bei den bindenden Mitentscheidungsakten

Ebenso wird man bei den bindenden Mitentscheidungsakten entscheiden müssen mit der Folge, daß die Mitwirkung einer nicht nur unzuständigen, sondern auch ressort- bezw. verbandsungleichen Behörde zur Nichtigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes führt, so z.B., wenn nach § 3 VO über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 statt des Bundesministers des Inneren der für Auswärtiges seine Zustimmung gibt; denn es wird angesichts des objektiven Rechts unter keinen Lebensumständen denkbar sein, daß die Verleihung der Staatsangehörigkeit aufgrund eines Zusammenwirkens des Bundesministers für Auswärtiges und der zuständigen Landesbehörde erteilt wird.

---

1) siehe Hans J.Wolff, Verwaltungsrecht I, § 51 III a.

So dürfte auch wohl die objektive Evidenztheorie entscheiden, da dieser Mangel, nämlich die ressortmäßige Unzuständigkeit des Bundesministers für Auswärtiges " bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände" [1] offenkundig ist [2].
Sicherlich anders beurteilt die subjektive Evidenztheorie das Zusammenwirken des Bundesministers des Ä u s s e r e n und der zuständigen Landesbehörde bei Erteilen der Staatsangehörigkeit, da aufgrund einer gewissen " Ressortverwandtschaft" in diesem Falle eben dieser Mangel durchaus nicht bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist. So ergibt sich nach dieser Theorie eine unterschiedliche Beurteilung, obwohl sowohl bei Mitwirkung des Bundesministers des Äußeren als auch z.B. des Bundesministers für Verkehr eine Ressortverwechslung vorliegt. Das zeigt zugleich, in welch höherem Maße die Unmöglichkeitstheorie eine gleichmäßige Beurteilung der Rechtslage und demzufolge eine größere Rechtssicherheit gewährleistet.

3. Bei den nicht-bindenden mitentscheidenden und begutachtenden Mitwirkungsakten

Bei diesen Beteiligungsformen bleibt es hingegen in der Regel unbeachtlich, inwieweit eine Behörde eine ressort- bezw. verbandsgleiche oder -ungleiche unzuständige Behörde beteiligt, da in jedem Falle nur sie allein entscheidungsbefugt und deshalb trotz der Mitwirkung nach außen hin allein zuständig bleibt; daher wird hier nur Mangelhaftigkeit des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes anzunehmen sein.

---

1) siehe § 34 Abs.1 EVwVerfG 1963.
2) Es wird unterstellt, daß im Bescheid die Beteiligung des Bundesministers für Auswärtiges zum Ausdruck kommt.

c) Fehlerhafte Anwendung des Mitwirkungsaktes

Die dritte, besondere Fehlerquelle tritt auf, wenn die Entscheidungsbehörde den Mitwirkungsakt fehlerhaft anwendet. Das allerdings wird nur eintreten, falls der Mitwirkungsakt Bindungswirkung entfaltet und die Entscheidungsbehörde dennoch sich über die Auffassung der Mitwirkungsbehörde hinwegsetzt und anders entscheidet.
Daher kommen in der Regel nur die wechselseitig-bindenden gemeinsamen und relativ- oder absolut-bindenden Beteiligungsformen für diese Fehlerquelle in Betracht, da andernfalls die Entscheidungsbehörde an die Entschließung der Mitwirkungsbehörde nicht gebunden ist, also die volle Entscheidungsbefugnis besitzt und demzufolge den Mitwirkungsakt gar nicht fehlerhaft anwenden kann.
Den Mitwirkungsakt fehlerhaft anwenden, heißt also in der Regel ein Nichtbeachten der Bindungswirkung, sei es, daß die Entscheidungsbehörde sich nicht an die Entschließung der Mitwirkungsbehörde gebunden glaubt, sei es, daß sie die Auffassung der beteiligten Behörde für unrichtig hält und deshalb die bindende Wirkung ignoriert.
Dieses Verkennen der Bindungswirkung rührt letzthin aus einer falschen Auslegung des Rechtssatzes her, der das Zusammenwirken der Verwaltungsbehörden zwingend vorschreibt und durch die Bindungswirkung die alleinige Zuständigkeit der Entscheidungsbehörde einschränkt. Es liegt also lediglich die falsche Rechtsanwendung eines Rechtssatzes vor;das aber führt nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Mangelhaftigkeit

des verwaltungsverbundenen Verwaltungsaktes [1]. Wenn also die Baugenehmigungsbehörde in § 9 Abs.2 BFstrG trotz der relativen Bindungswirkung der Zustimmung dennoch dem Bauwilligen die Baugenehmigung erteilt, so setzt sie sich über die bindende Versagung der Zustimmung seitens der obersten Landesstraßenbehörde hinweg; sie wendet also den Mitwirkungsakt falsch an. Das bedeutet zugleich die Mangelhaftigkeit dieses begünstigenden verwaltungsverbundenen Verwaltungsakts.

---

1) Anders Heitzer, Diss.jur.1961, der Nichtigkeit annimmt - siehe S. 85-86.

Kapitel VIII: Prozeßrechtliche Konsequenzen

Im folgenden gilt es, die prozeßrechtlichen Konsequenzen aufzuzeichnen, die sich aus dem unterschiedlichen Rechtscharakter der einzelnen Mitwirkungsakte ergeben. Dabei ist insbesondere auch die gesetzliche Regelung des § 78 Abs.1 VwGO zu beachten. Nach dieser Vorschrift tritt in der Regel die Körperschaft als Beklagte auf, "deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.
Der Gesetzgeber hat jedoch den Ländern die Möglichkeit eröffnet, auch B e h ö r d e n Parteifähigkeit zu verleihen. Tatsächlich haben einige Länder eine derartige gesetzliche Regelung getroffen [1]. Daher ergeben sich nicht nur wegen des unterschiedlichen Rechtscharakters der Mitwirkungsakte, sondern auch auf Grund der verschiedenen landesgesetzlichen Regelung über die Parteistellung der Behörden im Verwaltungsstreitverfahren unterschiedliche prozeßrechtliche Konsequenzen.
So gilt es stets, einmal den Rechtscharakter der einzelnen Beteiligungsform zu berücksichtigen, zum anderen aber die Frage zu beachten, ob das sogen. Körperschafts- oder das sogen. Behördenprinzip gilt.

---

1) Siehe ndsAVwGO § 7 Abs.1; § 5 nwAGVwGO; § 17 saarl.AGVwGO; § 6 schlhAGVwGO.

§ 19: Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den gemeinsamen Mitwirkungsakten

a) Körperschaftsprinzip

1. Bei nur einer Körperschaft

Gehören die gemeinsam zusammenwirkenden Behörden ein und derselben Körperschaft an und hat der Landesgesetzgeber nicht eine von § 78 Abs.1 Ziff.1 VwGO abweichende gesetzliche Regelung getroffen, so braucht der Kläger nur eine Klage gegen die Körperschaft anzustrengen, der die Mitwirkungsbehörden angehören; in diesem Verwaltungsstreitverfahren dürfen diese auch nicht etwa als Beigeladene hinzugezogen werden, da nur parteifähige "Dritte" beigeladen werden können[1], bei Geltung des sogen. Körperschaftsprinzips indes die Behörden der Parteifähigkeit entbehren[2].

2. Bei verschiedenen Körperschaften

Anders gestaltet sich die verfahrensrechtliche Lage, wenn die gemeinsam zusammenwirkenden Behörden verschiedenen Körperschaften angehören. In diesem Fall kann der Kläger nicht die eine oder die andere Körperschaft verklagen; vielmehr muß er gegen sie gemeinsam vorgehen. Das ergibt sich zwingend aus der Wesensart der gemeinsamen Mitwirkungsakte, die ein

---

1) siehe insb.Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (304 mit Anm. 253); Eyermann-Fröhler, VwGO,§ 65, Anm.16; Köhler, VwGO, § 65 III 4; Klinger, VwGO, § 65 E 2 (S.275).

2) Zu Recht aber weist Heinze in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die im Verwaltungsprozeß geltende Offizialmaxime das Verwaltungsgericht verpflichtet, die Erwägungen der zusammenwirkenden Behörden "gegebenenfalls im Wege der Beweiserhebung" festzustellen, siehe Heinze in VwArch 52 (1961),S.275 (304).

Handeln nur einer Körperschaft verbieten. Dieses "Verbot" gilt auch für einen Verwaltungsprozeß, da andernfalls die verklagte Körperschaft zu einer ihr rechtlich unmöglichen Leistung verurteilt werden müßte. Da der Kläger also nur gemeinschaftlich gegen die zusammenwirkenden Körperschaften vorgehen kann, bilden diese in einem Verwaltungsstreitverfahren gem. § 64 VwGO i.V. mit § 62 ZPO "aus einem sonstigen Grund" eine notwendige Streitgenossenschaft. [1] Da diese subjektive Klagehäufung in Form der notwendigen Streitgenossenschaft zugleich auch eine objektive darstellt [2], muß für die anzustrengende Klage gemäß

---

1) So auch Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S.122; im Ergebnis bejaht auch Heinze in VwArch 52 (1961), S.275 (300) zu Recht bei diesen Beteiligungsformen eine notwendige Streitgenossenschaft, jedoch mit der Begründung, in diesen Fällen könne das streitige Rechtsverhältnis gegenüber allen beteiligten Behörden bzw. Körperschaften nur einheitlich festgestellt werden (§ 62 Abs.1, 1.Alternative ZPO); letzteres trifft indes nur zu, wenn sich die Rechtskraft auf Streitgenossen erstreckt, falls auch nur einer klagt oder verklagt wird, oder aber bei völliger Identität des Streitgegenstandes (siehe hierzu Ule, VwProzeßR, § 21, II 1 a und b). Diese Fälle treffen aber auf die gemeinsamen Mitwirkungsakte nicht zu, sondern sie bilden nur aus einem "sonstigen Grund" eine notwendige Streitgenossenschaft.

2) Siehe Eyermann-Fröhler, VwGO,§ 64, Anm.3 im Anschluß an Rosenberg, ZPO, § 94 II, 1 b (S.464).

§ 44 VwGO " dasselbe Gericht" zuständig sein. Das wird bei zwei gemeinsam zusammenwirkenden Körperschaften nicht immer zutreffen, so daß bei einem schwebenden Verwaltungsstreitverfahren das in Anspruch genommene unzuständige Verwaltungsgericht in der Regel gem. § 83 i.V. mit § 53 Abs.1 Ziff. 3 VwGO den Rechtsstreit dem gemeinschaftlich höheren Gericht vorlegen muß mit der Maßgabe, das zuständige Verwaltungsgericht zu bestimmen.

b) Behördenprinzip

In Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und im Saarland [1], wo die Behörden berechtigt sind, am Verwaltungsstreitverfahren beteiligt zu sein, bilden die in Form der gemeinsamen Mitwirkungsakte zusammenwirkenden Behörden, die derselben Körperschaft angehören, ebenfalls eine notwendige Streitgenossenschaft [2] mit den oben aufgezeichneten Folgen hinsichtlich des zuständigen Gerichts.

§ 2o: Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den bindenden Mitentscheidungsakten

Aufgrund der unterschiedlichen Bindungswirkung der Mitentscheidungsakte und der damit verbundenen Auswirkung auf deren Rechtscharakter ergeben sich naturgemäß auch hier unterschiedliche prozessuale Folgen.

---

1) siehe ndsAGVwGO § 7 Abs.1; § 5 nwAGVwGO; § 17 saarl. AGVwGO; § 6 schlh.AGVwGO.

2) Ebenso Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964,S.111 unter II.

a) Relativ-bindende Mitentscheidungsakte

Bei den relativ-bindenden Mitentscheidungsakten entfalten nur - das sei noch einmal kurz erwähnt - in der Regel die ablehnenden Entschließungen der Mitwirkungsbehörde Verwaltungsaktcharakter, also nur die Versagung der Zustimmung, der Einvernehmens- oder Einverständniserklärung, der Widerspruch oder Einspruch [1]. Wenn nun die Mitentscheidungsbehörde z.B. ihre Zustimmung gibt, mit anderen Worten eine positive Haltung einnimmt, die Entscheidungsbehörde dagegen aus den ihr zur Prüfung obliegenden Gesichtspunkten eine ablehnende Auffassung vertritt oder aber überhaupt jegliche Stellungnahme unterläßt, so ist nur das Handeln der letzgenannten Behörde als Verwaltungsakt anzusehen. Demzufolge brauchte in Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen oder im Saarland der Betroffene nur gegen sie vorzugehen; die Mitentscheidungsbehörde braucht auch nicht beigeladen zu werden, da in dem Verwaltungsstreitverfahren nur die Gesichtspunkte zur Diskussion stehen, die die Entscheidungsbehörde zu der ablehnenden Entschließung bewogen.

In den Ländern, wo den Behörden keine Parteifähigkeit zukommt, muß selbstverständlich die Körperschaft verklagt werden, deren Organ die Entscheidungsbehörde ist.
Keine wesentlich unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Konsequenzen ergeben sich, wenn die Entscheidungs-

---

1) Bei den relativ-bindenden Mitentscheidungsakten können nur dann die positiven Entschließungen der Mitentscheidungsbehörde VA-Charakter entfalten, wenn diese ihre positive Entschließung mit Auflagen verbindet oder unter einer Bedingung abgibt.

behörde nicht aus eigenen, sondern gerade aus den Gründen ablehnt, die an sich nur der Mitentscheidungsbehörde zur Prüfung obliegen.
Zwar ist auch in diesem Fall für die Zivilperson einzig und allein das Handeln der Entscheidungsbehörde von Bedeutung, aber bei Geltung des Behördenprinzips wird gemäß § 65 Abs.1 VwGO eine Beiladung der Mitentscheidungsbehörde am Platz sein, da deren rechtliche Interessen durch eine solch abweichende Entschließung der Entscheidungsbehörde in diesem Fall regelmäßig berührt werden.

Nimmt nicht die Entscheidungs-,sondern die Mitentscheidungsbehörde eine ablehnende Haltung ein, versagt sie also die Zustimmung oder das Einvernehmen, so hat nur ihre Entschließung Verwaltungsaktcharakter. Daher braucht der Betroffene nur gegen sie im Verwaltungsstreitverfahren vorzugehen, d.h. in Nordrhein-Westfalen muß er unmittelbar gegen sie als Behörde, in den Ländern, wo das sogen. Körperschaftsprinzip herrscht, gegen die Körperschaft klagen, der die Mitentscheidungsbehörde angehört. Billigt nun die Entscheidungs- die von der Mitentscheidungsbehörde vorgebrachten Ablehnungsgründe nicht, ergeht aber ein rechtskräftiges Urteil gegen die beteiligte Behörde, in dem der Kläger obsiegt, so erstreckt sich die Rechtskraft dieses Urteils aufgrund der mangelnden Beteiligung in diesem Prozeß nicht auf die Entscheidungsbehörde; überdies entfaltet auch die aufgrund des Urteils ergehende positive Entschließung der beteiligten Behörde wegen der nur r e l a t i v e n Bindung keine Bindungswirkung. So kann bei Geltung des Behördenprinzips der merkwürdige Fall eintreten, daß trotz des rechtskräftigen Urteils gegen die Mitentscheidungsbehörde und trotz deren positiver Haltung die Entscheidungsbehörde gerade aus den Gründen ablehnt, die von der Mitentscheidungsbehörde

vorgebracht, vom Verwaltungsgericht aber nicht als stichhaltig erkannt sind. Zwar mag ein solches Verhalten der Entscheidungsbehörde mehr theoretischer Natur sein, da diese in praxi stets das rechtskräftige Urteil beachten wird, aber dennoch ist aufgrund der rechtlichen Konstruktion einer nur relativen Bindung ein solcher Fall denkbar; denn die Beachtung des rechtskräftigen Urteils seitens der Entscheidungsbehörde ist nur ein nobile officium, nicht aber eine rechtliche Verpflichtung, mag auch ein solches Verhalten offensichtlich gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoßen.
Dieser für den Kläger unmöglichen Situation kann das Verwaltungsgericht in dem Verwaltungsstreitverfahren gegen die Mitentscheidungsbehörde nur durch eine Beteiligung der Entscheidungsbehörde in Form der Beiladung gem. § 65 Abs.1 VwGO vorbeugen; dann nämlich erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils gegen die Mitentscheidungsbehörde gem. § 121 VwGO auch auf die Entscheidungsbehörde, und ihr wird es nicht möglich sein, trotz des rechtskräftigen Urteils eine ablehnende Haltung einzunehmen.

Versagt nicht nur die Mitentscheidungsbehörde ihre Zustimmung oder ihr Einverständnis, sondern kommt überdies auch die Entscheidungsbehörde unter Darlegung gesonderter Versagungsgründe zu einer ablehnenden Haltung, so entfalten beide Entschließungen Verwaltungsaktcharakter. Das zwingt den Betroffenen, zwei verschiedene Verwaltungsprozesse anzustrengen. Nur eine Klage nützt dem Kläger nicht, da das Verwaltungsgericht nur über den den Streitgegenstand bildenden Verwaltungsakt entscheiden kann; es besitzt also kein allumfassendes Prüfungsrecht, hat doch der Gesetzgeber bei den bindenden Mitentschei-

dungsakten den Zuständigkeitsbereich der Entscheidungsbehörde für ein engumgrenztes Sachgebiet beschnitten und der beteiligten Behörde zur Prüfung übertragen. Daran ist auch das Gericht gebunden; denn es kann keine Behörde zu etwas verpflichten, was ihren Zuständigkeitsbereich überschreitet [1].

Dieses Unvermögen des Gerichts, bei nur e i n e m anhängigen Verwaltungsprozeß dennoch über die gesamte materielle Rechtslage eine Entscheidung zu treffen, läßt sich auch nicht durch eine Beiladung der am Verwaltungsverfahren beteiligten, aber nicht verklagten Behörde überbrücken; denn es entspräche, wie FRIAUF [2] überzeugend dargelegt hat, "keinesfalls der Stellung der Mitentscheidungsbehörde, wollte man sie in die unselbständige Rolle eines Beigeladenen verweisen", obwohl das Gesetz dieser die Aufgabe übertragen hat, in Form der relativ bindenden Mitentscheidungsakte selbständig und in eigener Zuständigkeit bestimmte Interessen wahrzunehmen.

In den Ländern, wo den Behörden keine Parteifähigkeit zukommt, können aber diese beiden Verwaltungsprozesse gem. § 44 VwGO in Form der o b j e k t i v e n K l a g e h ä u f u n g in einer Klage zusammengefaßt werden, wenn die zusammenwirkenden Behörden ein und

---

1) so auch Stich in DVBl. 1963, S. 193 (198 unter IV).
2) Vgl. Friauf in DöV 1961, S. 666 (674 unter III 3 d); im Anschluß daran auch OVG Münster v. 11.4.1962 in DöV 1962, S. 833 (834); ebenso Stich in DVBl. 1963, S. 193 (198 unter IV) mit besonderem Hinweis auf Fickert (in Bauvorhaben-, Baunutzung- und Baunachbarrecht 1962, S. 73/74); Böhm in DöV 1958, S. 72/74); auch BayVGH v. 5.7.1956 in BayVBl. 1956, S. 313 (315 b).

derselben Körperschaft angehören; dann nämlich richtet sich das doppelte Klagebegehren gegen denselben Beklagten,-eben die Körperschaft -, . stehen in einem Zusammenhang, und es wird in der Regel dasselbe Gericht zuständig sein.

Anders gestaltet sich die prozessuale Lage, wenn die beteiligten Behörden in diesem Fall v e r s c h i e d e n e n Körperschaften angehören, oder aber selbst als B e h ö r d e n Parteifähigkeit besitzen.
Dann kann der Betroffene sein Klagebegehren n i c h t gem. § 44 VwGO in einer Klage zusammenverfolgen, da nicht nur eine objektive, sondern auch s u b j e k t i v e Klagehäufung vorliegt. Wohl aber kann der Kläger unter der Voraussetzung, daß für die Verwaltungsstreitverfahren "dasselbe Gericht" in Betracht kommt oder aber ein solches gem. § 83 i.V. mit § 53 Abs.1 Ziff. 3 VwGO bestimmt ist, die beklagten Körperschaften bezw. Behörden gem. § 64 VwGO i.V. mit §§59 ff. ZPO als Streitgenossen verklagen; bildet doch die Streitgenossenschaft nichts anderes als die Vereinigung mehrerer Einzelprozesse zu einem einzigen Prozeß aus Zweckmäßigkeitsgründen" [1]. Dabei bleibt allerdings zu fragen, ob die Beklagten als einfache oder notwendige Streitgenossen auftreten; letzteres bejaht der VGH MÜNCHEN [2] ohne weiteres, während HEINZE [3] seine Ansicht mit dem Hinweis begründet, über die Wirksamkeit des Mitwirkungsaktes mit Verwaltungsaktcharakter könne das Gericht gegenüber der Entscheidungs- und Mitentscheidungsbehörde nur

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach, vor § 59 ZPO, Übers.,1.
2) Siehe VGH München v. 5.7.1956 in BayVBL.1956,S.313 (315 unter b).
3) Siehe Heinze in VwArch 52 (1961), S. 275 (300-301 unter V 4).

"einheitlich" (§ 64 VwGO i.V. mit § 62 Abs.1 1.Alt.) entscheiden.
Führt man sich jedoch die rechtliche Situation vor Augen, so ergeben sich hinsichtlich der Einheitlichkeit der richterlichen Entscheidung berechtigte Zweifel, beziehen sich doch die Entschließungen der beteiligten Behörden im Falle ihrer beiderseitigen Ablehnung auf jeweils v e r s c h i e d e n e Sachbereiche: So obliegen z.B. im Baugenehmigungsverfahren gem. § 36 i.V. mit §§ 34 - 36 BBauG der Gemeinde ausschließlich die städtebaulichen Belange zur Prüfung, der Baugenehmigungsbehörde hingegen alle anderen zu wahrenden Interessen [1].

Daraus erhellt, daß das Gericht durchaus zu einem u n t e r s c h i e d l i c h e n rechtlichen Ergebnis kommen kann, da es die Ablehnungsgründe der Mitentscheidungsbehörde anerkennen, die der Entscheidungsbehörde dagegen als nicht stichhaltig ansehen und demzufolge der Klage gegen die letztgenannte Behörde stattgeben, die andere Klage dagegen abweisen kann.

Daher bilden die verklagten Körperschaften bezw. Behörden in diesem Fall regelmäßig gem. § 64 VwGO i.V. mit § 59 ZPO nur e i n f a c h e (p a s s i v e) S t r e i t g e n o s s e n .

b) Absolut bindende Mitentscheidungsakte

Im Unterschied zu den relativ bindenden entfalten die absolut bindenden Mitentscheidungsakte neben einer negativen auch eine positive Bindungswirkung, d.h. die Entscheidungsbehörde darf sich weder über die ablehnende noch über die zustimmende Auffassung der

---

1) siehe Fickert in DVBl. 1964, S. 173 (176-177) unter II 1 a)

Mitentscheidungsbehörde hinwegsetzen und nicht gerade aus den Gesichtspunkten eine ablehnende Haltung einnehmen, deren Prüfung allein der Mitentscheidungsbehörde obliegen.
Aufgrund dessen ergibt sich zu den relativ bindenden Mitentscheidungsakten nur der eine unterschiedliche Fall, daß zwar die beteiligte Behörde ihre Zustimmung, Einvernehmen oder Einverständnis erklärt hat, die Entscheidungsbehörde jedoch diese Haltung ignoriert und ohne Angabe weiterer Versagungsgründe gerade aus den Gesichtspunkten ablehnt, die das Gesetz der Mitentscheidungsbehörde zur alleinigen Wahrnehmung übertragen hat.
Selbstverständlich braucht die Zivilperson bei einem solch fehlerhaften Verhalten der Entscheidungsbehörde nur gegen diese bzw. gegen deren Körperschaft im Klagewege vorzugehen, wobei bei Geltung des Behördenprinzips das Verwaltungsgericht die Mitentscheidungsbehörde gem. § 65 VwGO beizuladen hat, da ihre rechtlichen Interessen durch den den Streitgegenstand bildenden Verwaltungsakt berührt werden.

§ 21: Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den nicht bindenden mitentscheidenden und begutachtenden Mitwirkungsakten

Gleich gestaltet sich die prozessuale Lage bei den nicht bindenden mitentscheidenden und begutachtenden Mitwirkungsakten, entfalten doch beide Beteiligungsformen aufgrund ihrer mangelnden Bindungswirkung in der Regel keine unmittelbaren Rechtswirkungen, so daß für die Zivilperson einzig und allein die Entschließung der Entscheidungsbehörde rechtlich von Bedeutung ist.
So muß der Kläger bei Geltung des Körperschaftsprinzips unmittelbar die hinter der Entscheidungs-

behörde stehende Körperschaft, in Nordrhein-Westfalen dagegen gem. § 5 AGVwGO [1] unmittelbar die Entscheidungsbehörde vor dem Verwaltungsgericht verklagen, wobei im letzteren Fall sofort die Frage auftaucht, ob die Mitwirkungsbehörde am Verwaltungsstreitverfahren gem. § 65 Abs.1 VwGO als Beigeladene teilnimmt.
GROSSMANN [2] und das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT [3] erachten eine Beteiligung als nicht notwendig, da das Gericht ohnehin bei dem verwaltungsinternen Charakter der Mitwirkung die gesamte materielle Rechtslage nachprüfen kann. GROSSMANN hält allenfalls eine informatorische Anhörung der Mitentscheidungsbehörde im Verwaltungsprozeß für zulässig [4].
Gerade aber das umfassende richterliche Prüfungsrecht in diesem Verwaltungsstreitverfahren erfordert eine Beteiligung in Form der Beiladung, können doch nur so alle zu berücksichtigenden Gesichtspunkte erschöpfend untersucht und erörtert werden [5]. Überdies wird es an der Voraussetzung einer Beiladung - dem rechtlichen Interesse der Mitwirkungsbehörde - nicht mangeln, da sie bestrebt sein muß, die von ihr wahrzunehmenden rechtlichen Interessen auch in einem Verwaltungsprozeß

---

1) Ebenso,wie bereits gesagt, in SchlH, Saarl., Nds.
2) Siehe Großmann, Diss.jur.Heidelberg 1964, S.91 ff. unter 9.
3) Siehe BVwG v. 1o.7.1958 in NJW 1959, S. 59o (59o).
4) Siehe Großmann, ebenda, S.93.
5) So im Anschluß an Heinze in VwArch 52 (1961),S.275 (3o3/3o4).

in genügender Form gewahrt zu wissen [1].

Man wird aber nicht so weit gehen dürfen, gem. § 65 Abs.2 VwGO eine notwendige Beiladung anzunehmen [2]; denn es besteht kein r e c h t l i c h e s E r f o r d e r n i s [3] einer einheitlichen Entscheidung, da ohnehin die Mitwirkungsbehörde aufgrund des verwaltungsinternen Charakters dieser Beteiligungsformen gegenüber einem rechtskräftigen Urteil gegen die Entscheidungsbehörde machtlos gegenübersteht.

§ 22: Prozeßrechtliche Konsequenzen bei den informierenden Mitwirkungsakten

Bei den informierenden Mitwirkungsakten braucht der Kläger grundsätzlich nur gegen die Entscheidungsbehörde vor dem Verwaltungsgericht zu klagen. Eine Beteiligung in Form der einfachen Beiladung gem. § 65 Abs.1 VwGO wird regelmäßig nicht in Betracht kommen, da es für die Mitwirkungsbehörde an dem notwendigen " rechtlichen Interesse"einer Beiladung fehlt.

---

1) Ebenso erachten die Autoren und Gerichte eine einfache Beiladung für zulässig, die die Mitentscheidungsakte grundsätzlich oder in einzelnen Bestimmungen für VwInterna halten: Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anm.57; Marschall, BFstrG, § 9, Anm.3 (S.377); Pietzonka in NJW 1961, S.1425 (1428); Schroedter in DVBl. 1962, S. 743 (747 unter 6 b); BVwG vom 28.5.1963 - I C 247/58 - in DVBl. 1963, S. 815 (818 unter II, 3 e); OVG Lüneburg v. 1o.1.1957 in VwRspr. 1o, S.987 (99o) = DVBl. 1958, S. 138 (14o); OVG Hamburg v. 27.5.196o in DVBl. 196o, S. 643 (645); VGH BadWürtt. v. 13.1.1964 in DöV 1964, S. 751 unter h.

2) So aber Heinzein VwArch 52 (1961), S. 275 (3o4), wenn Mitwirkung zwingend vorgeschrieben sei; auch OVG Hamburg v. 27.5.196o in DVBl.196o,S.643 (645) nimmt notwendige Beiladung an.

3) siehe hierzu Eyermann-Fröhler, VwGO, § 65,Anm.27.

Lebenslauf

Am 12.Juli 1939 wurde ich als Sohn des verstorbenen Landgerichtsdirektors Dr.Harald Schlüter und seiner Ehefrau Leni geborene Strunk in Arnsberg geboren. Ich bin Deutscher.
Ostern 1946 wurde ich in Bielefeld eingeschult. Hier besuchte ich ab Ostern 1950 das Ratsgymnasium. Zwischenzeitlich wechselte ich die Schule und bestand im Februar 1959 auf dem humanistischen Burggymnasium in Essen die Reifeprüfung.

Mein Studium begann ich in Freiburg. Nach einem Semester Medizinstudium wechselte ich die Fakultät und studierte Rechtswissenschaften.
In Freiburg blieb ich vier Semester, setzte mein Studium für zwei Semester in Bonn fort und ging abschließend für zwei Semester nach Münster.

Am 10.August 1963 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Hamm. Nunmehr bin ich Referendar in Bielefeld.